

Journal of Political Science and Law

المركز الديمقراطي العربي

# مجلة العلوم السياسية والقانون

دورية دولية محكمة

العدد 17 سبتمبر /ايلول 2019 . المجلد 03







# Journal of Political Science and Law

International scientific periodical journal

Issue : September 2019 . N° 17 Vol :03








ISSN 2566-8048 Print
ISSN 2566-8056 Online

مجلة العلوم السياسية والقانون
هي مجلة دولية محكمة تصدر من المانيا- برلين
وتعنى المجلة بمجال الدراسات والبحوث في العلوم السياسية
والعلاقات الدولية والقانون والسياسات المقارنة والنظم المؤسسية الوطنية
أو الاقليمية او الدولية

الترميز الدولي للمجلة:
الاصدار الالكتروني : ISSN 2566- ٨٠٥٦

"***Journal of Political Science and Law***" is an international
peer-reviewed journal
issued by the Democratic Arabic Center - Germany - Berlin
The journal is concerned with research studies and research
papers in the fields of
political science, international relations, comparative law and
policy, and national or
regional institutional systems

**ISSN 2566-8056 Online**

**الناشر:**

**المركز العربي الديمقراطي للدراسات الاستراتيجية والسياسية
والاقتصادية**

**برلين- المانيا**

**Germany :**
**Berlin 10315 GensingerStr: 112 Tel: 0049-Code Germany**
**030- 54884375**
**030- 91499898**
**030- 86450098**
**mobiltelefon : 00491742783717**
**E-mail : journal@democraticac.de**

## الهيئة المشرفة على المجلة

### اللجنة العلمية :

| المحتوى | رقم الصفحة |
|---|---|

الفهرس...................................................................................................

# الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية العليا في العراق

# Quantitéspecialty of supreme administrative court in Iraq

د. رشا محمد جعفر الهاشمي،أستاذ مساعد، جامعة بغداد – كلية القانون، العراق، القانون الإداري

مروة موفق مهدي، مدرس مساعد، ، طالبة دكتوراه جامعة بغداد– العراق–

**الملخص: الملخص**

استحدثت المحكمة الإدارية العليا بموجب قانون رقم (17) لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 ، ويعد استحداثها تطوراً نوعياً على صعيد القضاء الإداري في العراق وذلك لاستيفاء مقومات نظام القضاء المزدوج الذي يتطلب وجود محكمة إدارية عليا على رأس محاكم القضاء الإداري فضلاً عن انه باستحداثها انفض التداخل بين اختصاص القضاء الإداري والقضاء الدستوري في موضوعات هي من اختصاص القضاء الإداري البحتة حيث تولت اختصاص النظر تمييزاً في القرارات الصادرة عن كل من محاكم قضاء الموظفين ومحاكم القضاء الإداري لتنتهي بذلك ولاية المحكمة الاتحادية العليا على هذه الطعون التي كانت تمارسها بموجب قانونها رقم (30) لسنة 2015.كذلك تختص المحكمة الإداريةالعليا بفض تنازع الاختصاص والتنازع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين الذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين. ويسلط هذا البحث الضوء على الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية العليا في العراقمن خلال تحليل النصوص القانونية والقرارات التطبيقية المتعلقةبالموضوع.

**الكلمات المفتاحية:** الاختصاص النوعي ،المحكمةالإداريةالعليا في العراق ، تنازع الاختصاص القضائي.

Abstract :

The supreme Administrative Court pursuant to Low N° 17 of 2013 , promulgated the Fifth Amendement to the Low of the State Concil N° 65 of 1979 and the development of it is a qualitative development of in the administrative judiciary in Iraq in order to satisfy the elements of the dual justice systeme . The jurisdiction of the Court of Cassation was characterized by discrimination n the decisions of both the Staff Courts and the Administrative Courts, as well as their competence to resolve the dispute of jurisdiction and the dispute over the implementation of two mutually executive judgments between the Administrative Court and the staff Court . This paper highlights the qualitative jurisdiction of the supreme Administrative Court in Iraq throught the analysis of legal texts and practicl decisions related to the subject.

**Key Words**: jurisdiction Ratione , Supreme Administrative Court in Iraq , Conflict of jurisdiction.

**المقدمة**

أن نشوء قضاء أداري بالمعنى الحقيقي والصحيح في العراق يعود إلى عام 1989 حينما صدر قانون رقم (106) لسنة 1989 قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 الذي انشأ قضاءً ادارياً مستقلاً إلى جانب القضاء العادي ينبثق من مجلس شورى الدولة حيث تشكلت بموجبه محكمة القضاء الإداري وربط مجلس الانضباط العام بمجلس شورى الدولة، وقد طرأت عدة تعديلات على القانون المذكور كان أهمها قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم (17) لسنة 2013 الذي جاء بتعديلات جوهرية أهمها استحداث المحكمة الإدارية العليا وتغيير تسمية مجلس الانضباط العام الى محاكم قضاء الموظفين وتوسع في أنشائها في اربع مناطق على مستوى البلاد وفي عام 2017 صدر قانون مجلس الدولة رقم (71) لسنة 2017 الذي أشارإلىأنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداريوالإفتاء والصياغة ويعد هيأة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية يمثلها رئيس المجلس على أن يكون من بين المستشارين فيه ويعين وفقاً للقانون. ويلاحظأن المجلس قد استقل وأصبح هيئة مستقلة بعد أن كان مرتبطاً بوزارة العدل. كماأن تسمية مجلس الدولة حلت محل تسمية مجلس شورى الدولة مع استمرار سريان أحكام قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 وتعديلاته باستثناء الفقرة (رابعاً) من المادة (6) منه.

**أهمية الدراسة:**

تتجلى أهمية الموضوع في دراسة النصوص القانونية المتعلقة باختصاص المحكمة الإدارية العليا باعتبارها تشكيل حديث نسبيا يمثل قمة هرم القضاء الإداري في العراق وتقديم المعالجات القانونية في المواطن التي اعتراها القصور إضافة إلى عرض تطبيقات قضائية من قضاء هذه المحكمة.

**إشكالية الدراسة :**

تتمثل إشكالية الدراسة بالقصور التشريعي في النصوص المنظمة لاختصاص المحكمة الإدارية العليا المتمثل بعدم منحها المقومات البشرية و الفنية التيتؤ لها للقيام باختصاصاتها على الوجه الأكمل. فضلا عن مخالفة الاختصاص الذي أضيف للمحكمة الإدارية العليا بموجب البند (ثامناً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016 لنظام القضاء المزدوج الذيي أخذ به العراق وتنصيبه للمحكمة الإدارية العليا على قمة القضائيين العادي والإداري.

**فرضية البحث :ـــ**

يقوم البحث على فرضيتين اثنين:-

1ـــ ان المحكمة الإدارية العليا لم تمنح المقومات البشرية والفنية التيتؤ لها للقيام باختصاصاتها على احسن وجه باعتبارها قمة هرم القضاء الإداري في العراق.

2ـــ لم يكن المشرعالعراقيموفقافيإضافةاختصاصللمحكمةالإداريةالعليابموجبنصالبند (ثامناً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016.

**منهجية الدراسة:**

وقد اعتمدنا بدراستنا على المنهج الوصفي التحليلي، بوصف النصوص القانونية ومن ثم تحليلها وفقا لأسس منطقية لاستنباط الأحكام منها مع تسليط الضوء على الجانب العملي من خلال الاستشهاد بالقرارات القضائية الصادرة بهذا الخصوص.

وللإحاطة بالأفكار الأساسية لموضوع الدراسة وإبراز أطارها العام تم تناول الدراسة وفقا لخطة بحث تألفت من مقدمة ومحورين تناولنا في الأول التعريف بالمحكمة الإدارية العليا في العراق وفي المحور الثاني الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية العليا في العراق وخاتمة تضمنت جملة من النتائج والتوصيات.

## 1ـــ التعريف بالمحكمة الإدارية العليا في العراق

تعد المحكمة الإدارية العليا قمة الهرم في تنظيم القضاء الإداري كما هو الحال بالنسبة لمحكمة التمييز في القضاء العادي أنشأت بموجب قانون رقم (17) لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 الذي ينص في المادة (2/ رابعاً) منه على أن" أ: تشكل المحكمة الإدارية العليا في بغداد وتنعقد برئاسة رئيس المجلس أو من يخوله من المستشارين وعضوية (6) ستة مستشارين و (4) مستشارين مساعدين يسميهم رئيس المجلس.

ب: تمارس المحكمة الإدارية العليا الاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين.

ويعد استحداث المحكمة الإدارية العليا تطوراً نوعياً على صعيد القضاء الإداري في العراق وذلك لاستيفاء مقومات نظام القضاء المزدوج الذي يتطلب وجود محكمة إدارية عليا على رأس محاكم القضاء الإداري فضلاً عن انه باستحداثها قد انفض الاشتباك والتداخل بين اختصاص القضاء الإداري والقضاء الدستوري في موضوعات هي من اختصاص القضاء الإداري البحتة وذلك بموجب قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005[1].

ورغم ترحيب الفقه بخطوة المشرع هذه بإنشاء المحكمة الإدارية العليا ألا انهم يرون أن المشرع لم يمنحها المقومات التي تؤهلها للقيام بالاختصاصات المهمة التي أنيطت بها معللين ذلك بالآتي:

---

(1) المنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3996 في 2005/3/17.

1- أن عدد أعضاء المحكمة الإدارية العليا البالغ (11) عضواً لا يتناسب وحجم القضايا التي ستعرض أمامهم في حالة مباشرة محاكم القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين في المناطق (الشمالية و الفرات الأوسط و الجنوبية) لعملهم بصورة فعلية[1]، فضلاً عن المحاكم التي هي بالفعل موجودة في بغداد أيأن المحكمة الإدارية العليا ستستلم طعون في قرارات القضاء الإداري و محاكم قضاء الموظفين من اربع جهات وهذا سيؤدي إلى تأخر في حسم القضايا وتحمل هؤلاء الأعضاء عبئاً كبيراً ناتج عن تراكم الطعون التمييزية لديها[2]. لذا ندعو المشرع إلى مراعاة موضوع عدد أعضاء المحكمة الإدارية العليا وجعله متناسبا مع حجم الأعمال الموكلة اليها.

2- أن المشرع لم يوزع العمل على أعضاء المحكمة الإدارية العليا من خلال تقسيمهم إلى هيئات أو دوائر أو غرف بحيث تختص كل دائرة أو غرفة بالنظر تمييزاً بأنواع معينة من القضايا كما هو معمول به في محكمة التمييز في العراق حيث تتكون من عدة هيئات هي الهيئة العامة وهيئة الرئاسة والهيئة الموسعة والهيئة المدنية هيئة الأحوال الشخصية والهيئة الجزائية[3]إذأن تقسيم العمل من شأنه أن يوزع الجهد ويوفر الوقت للمتقاضين ويوجد قضاة اكثر تخصصاً من غيرهم بموضوعات معينة بشكل ينعكس بصورة إيجابية على سرعة إنجاز القضايا الذي يعد بحد ذاته مبدأ قانونياً يجب احترامه ومراعاته[4]. لذا ندعو المشرع إلى مراعاة موضوع تقسيم العمل في المحكمة الإدارية العليا على هيئات تختص كل منها بنوع معين من الدعاوى تحقيقيا لمزايا تقسيم العمل التي سبق ذكرها.

3- عدم تفرغ القضاة للعمل في المحكمة الإدارية العليا إذأن هناك تداخلاً كبيراً بين عمل أعضاء مجلس الدولة باعتبارهم أعضاء في المحكمة الإدارية العليا من جهة وبين عملهم كأعضاء في الهيئة العامة لمجلس الدولة أو عضويتهم في هيئة الرئاسة والهيئات التخصصية والهيئة الموسعة من جهة أخرى[5].

ويؤخذ على المشرع انه عرض اختصاصات المحكمة الإدارية العليا بين اختصاصات الهيئات غير القضائية للمجلس خارقاً بذلك التنظيم الشكلي في عرض هذه التكوينات الواردة في المادة (2/أولا) من قانون المجلس[6].

## 2ـــ الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية العليا

الاختصاص بمعناه العام هو تعيين السلطة القضائية التي خولها القانون الفصل في المنازعات[7]. كما ان الاختصاص هو نصيب الهيئات القضائية والمحاكم في المنازعات والمسائل التي لها ولاية وسلطة منح الحماية القضائية بشأنها،[8]أي هو نطاق

[1]ينظر المادة (7/أولا) من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل.

[2]د. عامر زغير محيسن، اختصاص المحكمة الإدارية العليا بالنظر تمييزاً في أحكام القضاء الإداري في العراق، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية جامعة كركوك، المجلد4، العدد 15، الجزء الأول، 2015، ص 102.

[3]تنظر المادة (13) من قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل.

[4] د. عامر زغير محيسن، مصدر سابق، ص 103.

[5]د. عامرزغيرمحيسن،مصدرسابق،ص104 .

[6]د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، مكتبة السنهوري، 2015، ص 155

[7]ضياء شيت خطاب ، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969، معهد البحوث والدراسات العربية، 1970، القاهرة، ص91. وكذلك ينظر مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم(83) لسنة 1969، ط2، موسوعة القوانين العراقية، 2008، ص42.

[8] د. أمينة النمر ، قوانين المرافعات، الكتاب الأول، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة،1982، ص 195

القضايا التي يمكن أن تباشر فيه المحكمة ولايتها.و لم يعرف المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969المعدل الاختصاص كما فعل سابقه في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (88) لسنة 1956 الملغي الذي عرف الاختصاص (بأنهأهلية المحكمة لرؤية الدعوى بمقتضى القانون) [1].

ويقسم الاختصاص إلى ثلاث أنواع هي الاختصاص النوعي والاختصاص الوظيفي والاختصاص المكاني او (المحلي).وما يهمنا في دراستنا هو الاختصاص النوعي ، ويعرف الاختصاص النوعي بأنه سلطة المحاكم في الفصل بالمنازعات بحسب نوعها وهو نصيب هذه المحاكم من المنازعات التي لها سلطة الفصل فيها بحسب نوع هذه المنازعات[2].

و تتميز قواعد الاختصاص النوعي بأنها تتعلق بالنظام العام و عليه لا يجوز للخصوم التنازل عن تطبيقها ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها[3].وكل اتفاق يعقد بينهم بهذا الخصوص يقع باطلاً بقوة القانون لمخالفته النظام العام [4] . كما يمكن للمحكمة التصدي لها من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى الطلب من لخصوم، أي أن للمحكمة ومن تلقاء نفسها أثارة الموضوع سواء كانت محكمة أول درجة أو أخيرة[5].إضافة لذلك فان الدفع بعد الاختصاص النوعي من الخصوم أو المحكمة من الدفوع الشكلية التي يمكن التمسك بها حتى بعد السير بالدعوى وقبل حسمها ويمكن أن تثار أمام محكمة أخر درجة أن لم يسبق التمسك بها أمام محكمة الدرجة الأولى.[6]

وسنتناول في هذا المبحث الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية العليا المنصوص عليه في المادة (2/رابعاً/ج) من قانون المجلس بالتفصيل وعلى النحو الاتي:

### 2-1- النظر في الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين.

يعد هذا الاختصاص من اهم الاختصاصات التي تمارسها المحكمة الإدارية العليا حيث انه قبل صدور القانون رقم (17) لسنة 2013 قانون التعديل الخامس لمجلس الدولة رقم (65) لسنة 1979 كانت الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة تمارس هذا الاختصاص فمنذ صدور قانون رقم (106) لسنة 1989 التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة حيث كانت تختص بالنظر في الطعون المقدمة على الأحكام الصادرة من (مجلس الانضباط العام) (سابقاً) ( محكمة قضاء الموظفين حالياً) في مجال حقوق الخدمة المدنية فقط فضلاً عن نظرها في الطعون المقدمة على الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري[7]، إذأشار

---

([1]) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969، الجزء الأول، ط1، مطبعة الأزهر، 1972، ص 163

(7) أمينة النمر، مصدر سابق، ص 264

[3] العربي وردية، ، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية والإدارية، رسالة ماجستير في القانون العام مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2009-2010، ص37 ،متاح على الموقع الإلكتروني الاتي: dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream.تاريخ التصفح: 2018/4/2

[4]أسامة روبي عبد العزيز ، الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجزء الأول، بلا مكان وسنة الطبع، ص 102

[5]العربي الوردية، مصدر سابق، الروبي، 36

[6]أمينة النمر ، مصدر سابق، ص 28

[7]وسام رزاق فليح، الطعن في أحكام محكمة قضاء الموظفين في العراق، دراسة مقارنة، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، العدد العاشر، 2014، ص 265.

القانون إلى انه يجوز الطعن تمييزاً في قرارات مجلس الانضباط العام وقرارات محكمة القضاء الإدارىأمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به أو اعتباره مبلغاً.

أما قرارات مجلس الانضباط العام الصادرة في مجال العقوبات الانضباطية فكانت باتة وملزمة وبالتالي لا يمكن الطعن فيها أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة بصفتها التمييزية أيأن مجلس الانضباط العام كان يعتبر أولوأخر درجة بالنسبة للإحكام الصادرة في مجال العقوبات الانضباطية وقد استمر الوضع هذا إلى حين صدور القانون رقم (5) لسنة 2008 قانون التعديل الأول لقانون انضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم (14) لسنة 1991 الذي أجاز في المادة (15/رابعاً/ب) منه الطعن بقرارات مجلس الانضباط العام لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة أيأن القانون قد أتاح الطعن في جميع قرارات مجلس الانضباط العام سواء كانت في مجال الخدمة المدنية أو في مجال العقوبات الانضباطية لدى الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة وبذلك أصبحت هذه الهيئة جهة الطعن الوحيدة في جميع الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري وتمارس تجاهها اختصاصات محكمة التمييز المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية وقانون أصول المحاكمات الجزائية [1] ، استمر هذا الحال إلى حين صدور قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة2005 الذي منح اختصاص النظر تمييزاً في أحكام وقرارات محكمة القضاء الإداري للمحكمة الاتحادية العليا، مما جعل اختصاص الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة مقتصراً على النظر تمييزاً في أحكام وقرارات مجلس الانضباط العام[2]. وقد اثار موضوع منح المحكمة الاتحادية العليا اختصاص النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري وسحبه من الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة انتقاداً واسعاً على مستوى الفقه لان في هذا الأمر محاولة للنيل من اختصاصات القضاء الإداري ومساس بإنجازات القضاء الإداري المتحققة منذ عام 1989 [3]،فضلاً عن أن منح هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا لا سند له حيث أن قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية الذي يستند اليه قانون المحكمة الاتحادية رقم (30) لسنة 2005 قد حدد اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا على وجه الحصر ولا يجوز لقانون المحكمة أن يضيف اليها اختصاصا جديداً والا فأنه يكون غير دستوري من هذا الوجه كما أن دستور 2005 اللاحق لقانون المحكمة قد حدد اختصاصاتها في المادة (93) منه ولا يوجد بينها هذا الاختصاص إضافةإلى ذلك فأن إناطة هذ الاختصاص بالمحكمة الاتحادية العليا يخالف المنطق القانوني السليم لان محكمة القضاء الإداري تعد جزءً من القضاء الإداري في العراق وان المحكمة أو الجهة التي تختص بنظر الطعون على أحكامها يجب أن تنتمي إلى القضاء الإداري وهذا ما سارت عليه قوانين الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج[4]، ورغم الانتقادات المذكورة أعلاه مارست المحكمة الاتحادية العليا دورها بالرقابة على أعمالالإدارة[5] منذ عام 2005 تارة بعَدها محكمة أولوأخر درجة (محكمة موضوع) [6] وتارة أخرى بعَدها محكمة تمييز [1] لحين صدور قانون رقم (17) لسنة

[1] سناء عبد الله طارش، مجلس شورى الدولة تنظيمه وأفاق تطوره، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة النهرين، 2005، ص 171.

[2]عامر زغير محيسن، مصدر سابق، ص 91.

[3]حنان محمد القيسي، دور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على أعمال الإدارة، مجلة دراسات قانونية، العدد36، السنة 2013، ص 15.

[4]غازي فيصل مهدي ، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، موسوعة الثقافة القانونية،ط1، 2008، ص 4. كذلك ينظر د. غازي فيصل مهدي، ملاحظات على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، بحث متاح على الموقع الإلكتروني، www.iraqja.iq تاريخ الزيارة 2018/4/3

[5]حنان محمد القيسي، دور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على أعمال الإدارة ،مصدر سابق، ص 13

[6]أشارت نصوص قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم (21) لسنة 2008 قبل صدور قانون التعديل الأول له إلى دور المحكمة الاتحادية العليا في نظر بعض المنازعات الخاصة بتطبيق هذا القانون بعدها محكمة اول وأخر درجة مثال ذلك المادة (7/ثانياً–4) من القانون الخاصة بحق المحافظ في الاعتراض على قرار أقالته امام المحكمة الاتحادية العليا خلال خمسة عشر يوماً من

2013 التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 الذي بموجبه تأسست المحكمة الإدارية العليا وعاد الوضع الى نصابه الصحيح بتوليها اختصاص النظر تمييزاً في القرارات الصادرة عن كل من محاكم قضاء الموظفين ومحاكم القضاء الإداري لتنتهي بذلك ولاية المحكمة الاتحادية العليا على هذه الطعون [2].وتجدر الإشارةالى انه رغم تأسيس المحكمة الإدارية العليا ووجود محاكم للقضاء الإداري ظل هناك دور للمحكمة الاتحادية العليا بالرقابة على أعمالالإدارة تستمده من نص المادة (93/ثالثاً) من الدستور الذي نص على ان "الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والأنظمة والتعليمات والإجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الأفراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة" وكذلك نص المادة (4/ثانياً) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005 الذي جاء فيه " الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة عن أية جهة تملك حق إصدارها، وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ويكون ذلك بناءً على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدع ذي مصلحة". ولقد تعرض النص الدستوري للانتقاد من جانب الفقه لان منح هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا سيتداخل مع اختصاصات محاكم الدرجة الأولى في القضائين العادي والإداري وسيجعل منها محكمة أولوأخر درجة وستزاحم محاكم الدرجة الأولى في القضائين العادي والإداري وهذا الأمر لا يليق بالمحكمة الاتحادية فهي محكمة عليا ويجب ان لا تنزل إلى مستوى محاكم الدرجة الأولى وتتصدى لحسم المنازعات المنوطة بها وتنشغل بنفسها في منازعات عين القانون مرجع للطعن فيها[3].أن ممارسة المحكمة الاتحادية للاختصاص المذكور سيؤدي الى نتائج غير متوقعة اذ ما الحل لو تنازعت المحكمة الاتحادية العليا مع محاكم القضاء الإداري حول منازعة تتعلق بقرار أداري صدر استناداً إلى قانون اتحادي ومن يحسم هذا التنازع وهل بالإمكان تصور وقوع تنازع من محكمة الدرجة الأولى والمحكمة العليا؟ كل هذه الأمور دعت الفقه إلى المناداة بتعديل الدستور وأسقاط هذا الاختصاص للمحكمة الاتحادية العليا من الدستور حتى يعود الأمرإلى نصابه الصحيح وتأخذ كل محكمة اختصاصها وفق المنطق الصحيح. [4]

ويلاحظ من استطلاع قرارات المحكمة الاتحادية العليا انها لم تمارس هذا الاختصاص وإنما ردت الدعاوى المتعلقة بإلغاء قرارات إدارية مثال ذلك قراراها المرقم 17/اتحادية/2006 في 2007/2/20 الذي جاء فيه "الطعن بالقرار الصادر من مجلس الوزراء بمنع المحاكم من سماع الدعاوى ذات العلاقة بشأن الديون المترتبة على الدولة يكون أمام محكمة القضاء

---

تاريخ تبليغه بالقرار وكذلك المادة (20/ثالثا-2) من القانون الخاص باعتراض المجلس المنحل أو ثلث أعضائه على قرارا الحل أمام المحكمة الاتحادية العليا خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور قرار الحل ونظراً لان المادة (93) من الدستور التي حددت اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا لم تنص على هذه الاختصاصات وحددت اختصاصاتها على سبيل الحصر فضلاً عن ان قانونها رقم (30) لسنة 2005 أيضا لم ينص على هذه الاختصاصات لذا عدت هذه المواد مخالفة دستورية صريحة تنبه اليها المشرع العراقي لاحقاً وقام بتعديلها في قانون التعديل الاول لقانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (15) لسنة 2010 المعدل للقانون رقم (21) لسنة 2008. لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ينظر القيسي، حنان محمد، المصدر السابق، ص 13.

[1]مارست المحكمة الاتحادية العليا اختصاصها التمييزي استناداً لقانونها رقم (30) لسنة 2005 وأصدرت العديد من الأحكام بعدها محكمة تمييز تنظر في الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري كذلك صدرت قوانين اتحادية تنص على جعل المحكمة الاتحادية العليا جهة طعن في القرارات الادارية التي تصدر من المحاكم الإدارية مثال ذلك قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 في المادة (20) منه الذي أشار إلى انه يحق لكل من طالبي التجنس والوزير إضافة لوظيفته الطعن في القرار الصادر من المحاكم الإدارية لدى المحكمة الاتحادية. حميد حنون ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي والعراق، مكتبة السنهوري، ط1، 2016، ص 380

[2]حنان محمد القيسي، مصدر سابق، ص 18

[3]غازي فيصل مهدي، ملاحظات على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا، مصدر سابق، ص33.

[4]غازي فيصل مهدي، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، مصدر سابق، ص9.

الإداري حصراً كونه قرار أداري" [1] ، وقراراها المرقم 54/اتحادية /2009 في 2009/8/16 الذي جاء فيه " الطعن بإقالة مدير عام الشرطة لا يدخل ضمن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا المحددة على سبيل الحصر في قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم"[2].

إضافة لما تقدم هناك نصوص في قوانين اتحادية أعطت المحكمة الاتحادية العليا دور في الرقابة على أعمالا لإدارة مثال ذلك المادة (31/احد عشر/3) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008 المعدل التي نصت على انه " اذا اصر المجلس المعني على قراراه او اذا عدل فيه من دون إزالة المخالفة التي بينها المحافظ، فعليه أحالتهإلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الأمر" نلاحظ ان هذا النص جعل المحكمة الاتحادية العليا محكمة أول وأخر درجة عند نظرها القرار المطعون فيه ورغم صدور ثلاث تعديلات على قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم ظل هذا النص دون ان يمسه اي تعديل واستمر هذا الاختصاص تمارسه المحكمة الاتحادية العليا حتى بعد تأسيس المحكمة الإدارية العليا. وقد تعرض هذا النص للانتقاد من جانب الفقه حيث يرون ان صياغته جاءت مبهمة من حيث المقصود بعبارة (أحالته إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه) هل يقصد بها طلب تفسير او الفصل في التفسيرات أو التأويلات المتباينة للمحافظ ومجلس المحافظة أو يراد به إقامة الدعوى أمامها، [3] وقد مارست المحكمة الاتحادية العليا هذا الاختصاص بالفعل وأصدرت قرارات فيه مثال ذلك قراراها المرقم 32/اتحادية/2012 المؤرخ في 2012/5/8 الذي جاء فيه " وحيث تبين من تدقيق الموضوع المطلوب فيه بأنه يشكل منازعة بين المحافظة وبين مجلس المحافظة مما يتطلب إقامة الدعوى وفق القانون للفصل فيه، وبإمكان المحافظة إقامة الدعوى وفق القانون بخصوص طلبها وفقا لما تقدم..." [4].

ومن استقراء القرار أعلاه يلاحظ أن المقصود بعبارة "أحالته إلى المحكمة الاتحادية العليا للبت في الأمر" هو إقامة دعوى من المحافظ على مجلس المحافظة أمام المحكمة الاتحادية العليا لتقوم هي بدورها بالفصل في الموضوع أما بإلغائه في حالة مخالفته للقانون أو الإبقاء عليه في حالة عدم مخالفته للقانون.

ونحن نرى أن قرار مجلس المحافظة هو قرارا أداري لذا لابد من تعديل المادة (31/حادي عشر/3) من قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم وجعل هذا الموضوع من اختصاص محكمة القضاء الإداري. كذلك يلاحظ المادة (20) من قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة2006 التي نصت على أنه " يحق لكل من طالبي التجنس والوزير إضافة لوظيفته الطعن في القرار الصادر من المحاكم الإدارية لدى المحكمة الاتحادية" ، هذا النص جعل من المحكمة الاتحادية العليا محكمة طعن للقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري ونحن نرى انه بصدور قانون رقم 17 لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل فان للمحكمة الإدارية العليا النظر بالقرارات الصادرة عن محكمة القضاء الإداري بقضايا الجنسية تطبيقاً للقاعدة القانونية النص اللاحق ينسخ النص السابق.

---

[1]جعفر ناصر حسين، فهرست تحليلي بأحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام 2005-2016، المحكمة الاتحادية العليا، 2017، ص7

[2]المصدر نفسه، ص17

[3]احنان محمد القيسي، دور المحكمة الاتحادية مصدر سابق، ص 14

[4]خميس عثمان خليفة المعاضيدي الوجيز لأحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام 2005-2013 ط1، مكتب زاكي، بغداد، 2016، ص 181.

من كل ما تقدم يتضح انه بصدور قانون رقم 17 لسنة 2013 التعديل الخامس لقانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل توحدت جهة الطعن في المنازعات الإدارية في العراق بعد أن كانت في موزعة بين الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة التي تنظر تمييزاً في أحكام قضاء الموظفين (مجلس الانضباط العام سابقاً) وبين المحكمة الاتحادية العليا التي تنظر تمييزاً في أحكام محكمة القضاء الإداري[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الإدارية العليا تمارس الاختصاصات التي تمارسها محكمة التمييز الاتحادية المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 عند النظر في الطعن بقرارات محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين[2].

وبالرجوع إلى قانون المرافعات نلاحظ أن المادة (1/209) حددت اختصاص محكمة التمييز بأجراء التدقيق على أوراق الدعوى دون أن تجمع بين الطرفين ولها أن تتخذ أي أجراء يعينها على البت في القضية. أي أن محكمة التمييز عندما تمارس هذا الاختصاص تكون محكمة قانون فحسب وبما أن قانون رقم 17 لسنة 2013 أناط بالمحكمة الإدارية العليا ذات الاختصاصات الممنوحة لمحكمة التمييز فهي الأخرى تعد محكمة قانون فحسب.

أما الفقرة (2) من المادة (209) من قانون المرافعات فقد أجازت للمحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي ترى لزوم الاستيضاح عنها ولها أن تأذن بتقديم بيانات أو لوائح جديدة. وان هذا الأذن قد يكون بطلب من المحكمة اذا وجدت ضرورة لدعوة الخصوم للحضور أمامها للاستيضاح عن بعض نقاط الدعوى لا سيما اذا كانت عريضة التمييز وجوابها لم توضحا الخطأ الجوهري في الحكم، وقد يكون طلب تبادل اللوائح من الخصوم نفسهم لتقديم إيضاحات تعزز ما سبق أن تقدموا به، فإذا وافقت المحكمة على طلب احد الخصوم بالحضور أمامها لبيان إيضاحاته فعليها أن تبلغ خصمه بالحضور كذلك في ذلك الموعد ولها أن تسمع الإيضاحات بغياب احدهما اذا كان قد تخلف عن الحضور رغم تبلغه. أن هذه الدعوى لا تشكل امتداد للمحكمة أو تجديد لما تم في محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين التي نظرت الدعوى لأول مرة بل هي حق للمحكمة الإدارية العليا ليست ملزمة باستعماله فإذا طلبه احد الخصوم من المحكمة الإدارية العليا دعوته وخصمه لتقديم بعض المعلومات فإن هذا الأمر يعَد سلطة تقديرية لها وهي وحدها التي تقرر مدى الضرورة في حضور الخصوم كما أن غياب احد الخصوم عن الحضور أو امتناعه عنه لا يمنع حضور الخصم الأخر وحده و للمحكمة أن تفسر المسألة المطلوب الاستيضاح عنها بمقتضى أوراق الدعوى وما يعرضه الخصم الأخر. وتنحصر عملية أجراء التدقيقات التمييزية على التحقق من أن الحكم الصادر فيها مطابق للقانون مع بيان مدى مطابقة الطعون المرفوعة على ما جاء في الحكم من أسباب التي من أجلها رفع الطعن، فمخالفة القانون تستلزم نقض الحكم في كل الأحوال، كما ان للمحكمة الإدارية العليا اتخاذ أي أجراء يساعدها في الفصل في القضية المعروضة أمامها[3]. فضلاً

[1] عامر زغير محسن،مصدر سابق، ص 164
[2] ينظر المادة (2/رابعاً/2) من قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل
[3] فرح جهاد، الطعن تمييزاً لأحكام القضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون الجامعة المستنصرية، 2014، ص 117

عن ذلك لا يجوز أحداث دفع جديد ولا إيراد أدلة جديدة أمام المحكمة الإدارية العليا باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى.

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في قرارها المؤرخ في 2015/2/5 إلى " أن الدعوى حبيسة عريضتها ولا يمكن إضافة طلبات جديدة أثناء المرافعة أن لم تكن دعوى حادثة..." [1].

**2-2- النظر في التنازع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين[2].**

أن تنازع الاختصاص لا يحدث بين القضاء الإداري والقضاء العادي فقط وإنما يحدث أيضاً بين الجهة القضائية الواحدة بحسب نوع القضية وهذا ما يسمى (بتنازع الاختصاص النوعي) فمثلاً يمكن أن يحدث نزاع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين حول الجهة المختصة بنظر موضوع معين ومن الضروري وجود جهة تحسم هذا النزاع ، ولم يحدد مشرع قانون رقم (106) لسنة 1979 قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل الجهة التي تفصل بالنزاع الذي يقوم بين محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط (سابقاً) محكمة قضاء الموظفين (حالياً) لكن الهيئة العامة لمجلس الدولة تصدت للفصل في تنازع الاختصاص بين محكمة القضاء الإداري ومجلس الانضباط العام باعتبار أن كلاً منهما تشكيل من تشكيلات مجلس الدولة وان قراراتها بالأصل تخضع للطعن تمييزاً أمام الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة ، أما بعد صدور قانون رقم (17) لسنة 2013 قانون التعديل الخامس لقانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل فقد اسند المشرع للمحكمة الإدارية العليا اختصاص النظر في التنازع الحاصل حول تعيين الاختصاص في نظر الدعوى الذي يقع بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين، وقد مارست المحكمة الإدارية اختصاص النظر في التنازع بالفعل وأصدرت قرارات عديدة نذكر منها قرارها رقم 2/ تنازع اختصاص-تمييز/2017 في 2017/10/5 الذي جاء في حيثياته " وحيث ان موضوع الدعوى يتعلق بحقوق ناشئة عن قانون الخدمة المدنية بذلك تكون الدعوى من اختصاص محكمة قضاء الموظفين استناداً إلى (1) من الفقرة (أ) من البند (تاسعاً) من المادة (7) من قانون مجلس الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل لذا قرر إحالة الدعوى إلى محكمة القضاء الإداري للسير فيها وفقاً للقانون وإشعار محكمة القضاء الإداري بذلك..." .

ومن اطلاعنا على العديد من قرارات المحكمة الإدارية العليا نلاحظ أنها حسمت موضوع تنازع الاختصاص بين محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين بصورته (السلبية)أما تنازع الاختصاص الإيجابي فلم يصدر إلى الآن حكم لهذه المحكمة بهذا الخصوص وعلى الأرجح أن هذا الموضوع نادر الحصول.

[1] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 437/أداري/تمييز/2014 في 2015/2/5 منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2015، مصدر سابق، ص 386.

[2] ينظر المادة (2/رابعاً/ج/2) من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل

كما يلاحظ أن النص القانوني لاختصاص المحكمة الإدارية العليا بنظر تنازع الاختصاص جاء مطلقاً و لم يحدد صور التنازع الذي تنظرها المحكمة وانما حدد فقط الجهات التي يحدث بينها التنازع وهي محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين وبالتالي هي غير مختصة بالنظر في التنازع الذي يقع بين جهات القضاء الإداري والقضاء العادي وإنما يتولى هذا الاختصاص (هيئة تعيين المرجع). كذلك لا يدخل في اختصاص المحكمة الإدارية العليا النظر في تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري الاتحادي والهيئات القضائية الإدارية للإقليم لذا ندعو المشرع إلى تشريع قانون مجلس دولة اتحادي يكون من ضمن اختصاص المحكمة الإدارية العليا فيه النظر في تنازع الاختصاص الذي يحدث بين القضاء الإداري الاتحادي والهيئات القضائية الادخارية في الإقليم.

**2-3- النظر في التنازع الحاصل حول تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات متناقضين صادرين عن محكمة القضاء الإداري أو محكمة قضاء الموظفين في موضوع واحد اذا كان بين الخصوم انفسهم أو كان احدهم طرفاً في هذين الحكمين وترجح احد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الأخر**[1]

حيث تقوم المحكمة الإدارية العليا بترجيح احد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الحكم الأخر، فلا يعرقل المحكمة الإدارية العليا في عملية ترجيح حكم على أخر حجية الشيء المقضي به أو كونه باتاً ونهائياً ذلك أن نهاية الأحكام هي قابليتها للتنفيذ دون أن تثار بشأنها خصومات جديدة [2]. ويمكن التسليم بحدوث هذا النوع من التنازع لان المشرع أنشأ محاكم للقضاء الإداري ومحاكم لقضاء الموظفين في عموم المحافظات فلو فعلت هذه المحاكم بالفعل وأصدرت محكمة القضاء الإداري في بغداد حكم معارض لما أصدرته محكمة القضاء الإداري في بابل على سبيل المثال لا سيما وان المشرع لم يشترط اتحاد الخصوم وإنما اكتفى بأن يكون أحد الخصمين طرفاً في كلا الحكمين ونفس الأمر يحصل بين محاكم قضاء الموظفين فأن على المحكمة الإدارية العليا أن ترجح أحد الحكمين وتقرر تنفيذه دون الأخر[3]. وجدير بالذكر أن المحكمة الإدارية العليا لم تباشر هذا الاختصاص إلىالآن.

**2-4- النظر في الطعون المقدمة من ذوي الشهداء على قرارات اللجنة المشكلة وفق البند (سابعاً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016**

استحدث هذا الاختصاص بموجب قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016 حيث نصت المادة (9/ثامناً) منه على انه " لمن رفض طلبه من لجنة الطعن المشكلة وفق البند (سابعاً) من هذه المادة حق الطعن في قرارها لدى المحكمة الإدارية العليا بعد (60) ستون يوماً من تاريخ التبليغ بنتيجة الطعن ويكون قراراها باتاً" وبالرجوع إلى البند (سابعاً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء نلاحظ انه ينص على أن " تشكل لجنة برئاسة قاضي يرشحه مجلس القضاء الأعلى

---

[1] ينظر المادة(2/رابعاً/ج/3) من قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل

[2] ا، محمود خلف الجبوري القضاء الإداري في العراق، دار المرتضى، ط2، 2014، ص 16

[3] صعب ناجي عبود، القضاء الإداري في العراق (حاضره ومستقبله)، مكتبة القانون والقضاء،2017، ص 99

وعضوية أربعة من موظفي المؤسسة حاصلين على شهادة جامعية أولية، مهمتها النظر في الطعون المقدمة ممن رفضت طلباتهم من اللجنة المشكلة وفق البند (أولا) من هذه المادة" وبالرجوع إلى البند (أولا) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء نلاحظ انه يشير إلى تشكيل لجنة في بغداد والمحافظات تسمى كل لجنة منها بـــ ( لجنة النظر في طلبات ذوي الشهداء) تتألف من رئيس وأربعةأعضاء[1].وتنظر هذه اللجنة في طلبات ذوي الشهداء لشمولهم بأحكام قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016 خلال ثلاثة اشهر من تاريخ تقدم الطلب [2]. وتتخذ اللجان قراراتها بالأكثرية وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي صوت معه الرئيس [3]، ولذوي الشهيد الذي رفض طلبه التظلم من قرار اللجنة أمام ذات اللجنة خلال مدة أقصاها (60) ستون يوماً من تاريخ تبليغه بالقرار [4].

وللمتظلم الطعن في القرار الصادر بنتيجة التظلم لدى محكمة البداءة المختصة بعد (15) خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ يكون قرار المحكمة قابلاً للتمييز لدى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية خلال (30) يوماً من تاريخ التبليغ بقرار الحكم أو اعتباره مبلغاً[5].

ومن قراءة نص البندين (سابعاً) و(ثامناً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016 نلاحظ انهما جانب الصواب والمنطق والقانون في نواحي عديدة حيث انه خالف مبدأ حجية الشيء المقضي به و قوة الأمر المقضي به [6]، في حين أن المادة (105) من قانون الأثبات رقم (107) لسنة 1979 نصت على "أنالأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطراف الدعوى و لم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً".

أن البندين (سابعاً وثامناً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016 خالفا حجية الشيء المقضي به وقوة الأمر المقضي به من خلال السماح للجنة المشكلة بموجب البند (سابعاً) من المادة (9) من هذا القانون بنظر الطعون المقدمة من ذوي الشهداء الذين رفضت طلباتهم من اللجنة المشكلة وفق البند (أولا) من المادة (9) من القانون ومن

---

[1] ينظر البند (أولا) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016

[2] ينظر البند (ثانياً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016

[3] ينظر البند (ثالثاً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016

[4] ينظر البند (خامساً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016

[5] ينظر البند (سادساً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016

[6] أن الحكم القطعي نهائياً كاناً وابتدائياً حضورياً أو غيابياً تثبت له حجية الشيء المقضي به لأنه حكم قضائي فصل في خصومة ويحوز هذا الأمر قوة الأمر المقضي به اذااصبح نهائياً غير قابل للطعن فيه بطريق اعتيادي فإذا طعن على الحكم بالاستئناف أوقفت حجيته واذا الغي نتيجة الطعن زال وزالت معه حجيته، أما اذا أيدو لم يعد قابلاً للطعن بطريق اعتيادي بقيت حجية الأمر المقضي به وأضيفت اليها قوة الشيء المقضي به ويمتد اثر حجية الشيء المقضي به ليشمل الجانب الإجرائي في الدعوى فضلاًعنجانبهاالموضوعي،ففيمايتعلقبالإجراءاتفيمنععلىالمحكمةالتيأصدرتالحكمفيالدعوىأنتنظرهامرةأخرىإذاستنفذتولايتهابمجردإصدارهاالحكمويصبحالحكمقطعياًبمجردصدورهمنالمحكمةوليسللمحكمةالحقفي الرجوع عن حكمها كماليس لها الحق في تعديله أما فيما يتعلق بالجانب الموضوعي فأن الأحكام الصادرة في الدعوى تعد عنواناً للحقيقة، فما تضمنه الحكم يعد قرينة غير قابلة لاثبات العكس فلا يجوز عرض النزاع مرة أخرى على أي محكمة. ينظر حنان محمد،راضي، مازن ليلو راضي، امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري، دار المسلة، ط1، 2018، ص 33.

ثم إعطاء الحق لمن رفض طلبه الطعن بقرار اللجنة لدى المحكمة الإدارية العليا بعد ستون يوماً من تاريخ التبليغ بنتيجة الطعن. حيث أن قرارات اللجنة المشكلة بموجب البند (أولا) من المادة (9) يطعن بها لدى محكمة البداءة المختصة بعد (15) يوماً من تاريخ التبليغ بها ويكون قرار المحكمة قابلاً للتمييز لدى محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ بقرار الحكم أو اعتباره مبلغاً وبالتالي يعد حكم محكمة البداءة غير المطعون فيه وقرار محكمة الاستئناف باتاً ولا يجوز قانوناً عرضه مرة أخرى على لجنة إدارية للنظر فيه أو عرضه على محكمة أخرى لان ذلك خرق لمبدأ حجية الشيء المقضي به ويخالف المادة (105) من قانون الأثبات ويخالف المنطق القانوني السليم. فضلاً عن ذلك أن المتمعن بالبند (ثامناً) من المادة (9) يلاحظ وكأنه المشرع قد نصب المحكمة الإدارية العليا على قمة القضائيين العادي والإداري مخالفاً بذلك نظام القضاء المزدوج الذي يأخذ به العراق.إضافة لما تقدم يؤخذ على المشرع عدم تحديده المدة التي يجوز خلالها تقديم الطلبات إلى اللجنة المشكلة بموجب البند (سابعاً) من المادة (9) بعد رفض الطلب من اللجنة المشكلة بموجب البند (أولا) وهذا الموضوع يجعل باب الطعن مفتوحاً إلى اجل غير مسمى مما يخل باستقرار الأوضاع والمراكز القانونية فهذا النص ادخلنا في دوامة من الطعون الإدارية والقضائية بشكل غير منطقي وبشكل يمس باستقرار الأوضاع والمراكز القانونية .

بعد أن بينا الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية العليا تجدر الإشارةإلىأن مجلس شورى الإقليم لا يملك محكمة إدارية عليا وان الهيئة العامة لمجلس شورى الإقليم تمارس اختصاصات محكمة التمييز المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية عند النظر في الطعن في القرارات الصادرة من المحكمة الإدارية والطعون المقدمة من الموظفين في قرارات هيئة انضباط موظفي الإقليم المتعلقة بأحكام قانون الخدمة المدنية وتتخذ الهيئة العامة قراراتها بأغلبية الأعضاء الحاضرين وإذا تساوت الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس. لذا ندعو المشرع إلى تعديل تسمية المحكمة الإدارية العليا لتكون المحكمة الإدارية الاتحادية العليا وتعديل اختصاصاتها لتشمل النظر في الطعون المقدمة على القرارات والأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية وهيئة انضباط موظفي الإقليم.

## الخاتمة

بعد دراستناالاختصاصالنوعيللمحكمةالإداريةالعليافيالعراقلاحظناأنهناكتوجهلدىالمشرعالعراقينحودعمالقضاءالإداريفيالعراقوذلكبإ صدارهالقانونرقم 71 لسنة 2017

قانون مجلس الدولة الذي غير تسمية مجلس شورى الدولة إلى مجلس الدولة ومنحها استقلالا تاماً بعدأن كان مرتبطاً بوزارة العدل،ورغم أن القان و نقد جاء مقتضباً و لم يتناول اختصاص المحاكم بالتعديل والتغيير ألاأننا نرى انه خطوة هامة نأمل ان تتبعها خطوة أخرى تتمثل بتشريع قانون جديد لمجلس الدولة يمنح محاكم القضاء الإداري الولاية العامة على المنازعات لإدارية .وبعد بحثنا في العناوين الرئيسية لهذه الدراسة وإيضاحنا لإطارها العام لابد من أن ندون في ختامها اهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها، وعلى النحوالاتي:-

**أولاــ الاستنتاجات**

1-أن المحكمة الإدارية العليا تعَد قمة الهرم في تنظيم القضاء الإداري كما هو الحال بالنسبة لمحكمة التمييز في القضاء العادي، وباستحداثها توحدت جهة الطعن في المنازعات الإدارية في العراق بعد أن كانت موزعة بين الهيئة العامة لمجلس شورى الدولة التي تنظر تمييزاً في أحكام قضاء الموظفين (مجلس الانضباط العام سابقاً) وبين المحكمة الاتحادية العليا التي تنظر تمييزاً في أحكام محكمة القضاء الإداري من خلال توليها اختصاص النظر في الطعون المقدمة على القرارات الصادرة عن محكمة القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين.

2-أن عدد أعضاء المحكمة الإدارية العليا البالغ (11) أحد عشر عضواً لا يتناسب وحجم القضايا التي ستعرض أمامهم في حالة مباشرة محاكم القضاء الإداري ومحاكم قضاء الموظفين في المناطق (الشمالية والفرات الأوسطوالجنوبية). كماان المشرع لم يوزع العمل على أعضاء المحكمة الإدارية العليا من خلال تقسيمهم الى هيئات تختص على غرار ما معمول به في محكمة التمييز الاتحادية في العراق.

3-أن النص القانوني المتعلق باختصاص المحكمة الإدارية العليا بنظر تنازع الاختصاص جاء مطلقاً ولم يحدد صور التنازع الذي تنظرها المحكمة وإنما حدد فقط الجهات التي يحدث بينها التنازع وهي محكمة القضاء الإداري ومحكمة قضاء الموظفين وبالتالي هي غير مختصة بالنظر في تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري الاتحادي والهيئات القضائية الإداريةللإقليم وكذلك لا يدخل في اختصاصها النظر في تنازع الاختصاص الذي يحدث بين المحكمة الإدارية وهيئة انضباط موظفي الإقليم.

4-أن قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016 قد أضاف اختصاص جديد للمحكمة الإدارية العليا يتمثل بالنظر في الطعون المقدمة من ذوي الشهداء على قرارات اللجنة المشكلة وفق البند (سابعاً) من المادة (9) منه.

5-أن البندين (سابعاً) و(ثامناً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016 جانبا الصواب والمنطق القانوني السليم لمخالفتهما مبدأ حجية الشيء المقضي به وقوة الأمر المقضي به إذأن البند (سابعاً) ترك باب الطعن مفتوحاً إلى اجل غير مسمى مما يخل باستقرار الأوضاع والمراكز القانونية، بينما البند(ثامناً) نصب المحكمة الإدارية العليا على قمة القضائيين العادي والإداري مخالفاً بذلك نظام القضاء المزدوج الذي يأخذ به العراق ،ونظامالتدرجالقضائيفينظرالدعوى،لانالقرارالصادرمنالقضاءالعاديتوجبالطعنبهأمامامحكمةالعلياالتابعةلذلكالنظامالاوهيمحكمةالتمييزولايجوزانيكونالطعنبهاماماالمحكمةالإداريةالعلياكونهاتتبعنظامقضائياًآخروهونظامالقضاءالإداريالمنظمبموجبقانونمجلسالدولة.

**ثانيا ــ التوصيات**

في ضوء ما تقدم من استنتاجات نوصي المشرع بالآتي:

1-مراعاة موضوع عدد أعضاء المحكمة الإدارية العليا وجعله متناسبا مع حجم الأعمال الموكلة اليها.

2-تقسيم المحكمة الإدارية العليا إلى هيئات أو دوائر تختص كل منها بقضايا معينة تحقيقا لمزايا تقسيم العمل والتي من أهمهاالإسراع في حسم الدعاوى.

3-توسيع اختصاص المحكمة الإدارية العليا ليشمل النظر في الطعون المقدمة على القرارات الصادرة من محاكم القضاء الإداري وهيئة الانضباط في إقليم كردستان فضلا عن قضايا تنازع الاختصاص وتعارض الأحكام هناك.وكذلك منحها

اختصاص الفصل في قضايا تنازع الاختصاص وتعارض الأحكام بين القضاء الإداريفي المركز والهيئات القضائية الإداريةللإقليم.

4-البغاء البنود (سادساً وسابعاً وثامناً) من المادة (9) من قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016 وإحلال النص الاتي محله ( أ: للمتظلم من قرار اللجنة الطعن في القرار الصادر بنتيجة التظلم لدى محكمة القضاء الإداري خلال (60) ستين يوماً من تاريخ التبليغ به أو اعتباره مبلغاً ويكون قرار المحكمة قابلاً للطعن فيه تمييزاً لدى المحكمة الإدارية العليا خلال (30) ثلاثين يوماً من تاريخ التبليغ به أو اعتباره مبلغاً.

ب: يكون قرار اللجنة بنتيجة التظلم غير المطعون فيه نهائياً.

ج: يكون قرار المحكمة غير المطعون فيه وقرار المحكمة الإدارية العليا الصادر نتيجة الطعن باتاً وملزماً).

**المصادر**

**أولا ــ الكتب**

1. النمر، أمينة، قوانين المرافعات، الكتاب الأول، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة،1982.
2. خالد، حميدحنون، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي والعراق، ط1، مكتبةالسنهوري،2016
3. القيسي، حنانمحمد، راضي، مازن ليلو راضي، امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري، ط1، دار المسلة، 2018.
4. عبود، صعبناجي، القضاء الإداري في العراق (حاضره ومستقبله)، مكتبة القانون والقضاء،2017.
5. خطاب، ضياء شيت، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969، معهد البحوث والدراسات العربية، 1970، القاهرة.
6. مهدي، غازي فيصل، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية، ط1، موسوعة الثقافة القانونية، 2008.
7. الجبوري، محمود خلف، القضاء الإداري في العراق وفق أحدث التطورات التشريعية والقضائية، دار المرتضى، 2014.
8. المحمود، مدحت، شرح قانون المرافعات المدنية رقم(83) لسنة 1969، ط2، موسوعة القوانين العراقية، 2008.
9. حافظ، د. ممدوح عبد الكريم، شرح قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969، الجزء الأول، ط1، مطبعة الأزهر، 1972.

10. العاني وسامصبار، القضاء الإداري، مكتبة السنهوري .2015.

**ثانيا ـــالقوانين**

1. قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 المعدل
2. قانون مجلس شورى الدولة رقم 65 لسنة 1979 المعدل
3. قانون مؤسسة الشهداء رقم (2) لسنة 2016
4. قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (30) لسنة 2005
5. قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (21) لسنة 2008 المعدل.
6. قانون التنظيم القضائي رقم (160) لسنة 1979 المعدل.

**ثالثا ــــ البحوث**

1. القيسي، حنانمحمد، دور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على أعمالالإدارة، مجلة دراسات قانونية، العدد36، السنة 2013.
2. محيسن، عامرزغير، اختصاص المحكمة الإدارية العليا بالنظر تمييزاً في أحكام القضاء الإداري في العراق، دراسة تحليلية نقدية على ضوء القانون رقم (17) لسنة 2013، مجلية كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية جامعة كركوك، المجلد4، العدد 15، الجزء الأول، 2015.
3. مهدي، غازي فيصل ، ملاحظات على اختصاصا المحكمة الاتحادية العليا، بحث متاح على الموقع الإلكتروني، www.iraqja.iq.
4. فليح، وسام رزاق، الطعن في أحكام محكمة قضاء الموظفين في العراق، دراسة مقارنة، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، كلية القانون، العدد العاشر، 2014.

**رابعاً ـــ الرسائلالجامعية:**

1. العربي وردية، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية والإدارية، رسالة ماجستير في القانون العام،جامعةأبوبكربلقايد،كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان،2009-2010، متاح على الموقع الإلكترونيالاتي: dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream
2. شاتي، حسين جاسم، استقلال القضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير، جامعة البصرة،كليةالقانون،2017.
3. طارش، سناء عبد الله، مجلس شورى الدولة تنظيمه وأفاق تطوره، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كليةالحقوق،2005.
4. عبد السلام، فرح جهاد عبد السلام، الطعن تمييزاً لأحكام القضاء الإداري في العراق، رسالة ماجستير، كلية القانون الجامعة المستنصرية، 2014.

**خامسا ـــ القرارات**

1. قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم 97/اتحادية أعلام/2015 في 2015/2/16 متاح على الموقع www.iraqja.iq

2. قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 437/أداري/تمييز/2014 في 2015/2/5 منشور في قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام 2015.

3. المعاضيدي، جعفر ناصر حسين، فهرست تحليلي بأحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام 2005-2016، المحكمة الاتحادية العليا، 2017. متاح على الموقع www.iraqja.iq

4.الحسيني، خميس عثمان خليفة، الوجيزلأحكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام 2005-2013 ط1، مكتب زاكي، بغداد، 2016.

# موقف التشريعات الاردنية في انتقال ملكية اختراعات العمال الى صاحب العمل

# The position of Jordanian legislation in the transfer of ownership of worker inventions to the employer

**ولاء عاطف عمايرة /محمد الشمري**

**كلية القانون، جامعة اليرموك، اربد/ الاردن**

**الملخص:** من المعروف أن اختراعات العمال، تلعب دورا كبيرا وهاما في تنمية المجتمعات البشرية وازدهارها وتطورها ورقيها.

عنيت هذه الدراسة بتقييم موقف التشريعات الأردنية من اختراعات العمال التي تؤول لصاحب العمل، على ضوء مبدأ حماية العامل كطرف ضعيف، وتم بيانها من خلال مطلبين: ذلك أن المطلب الاول يبين أيلولة ملكية اختراعات الخدمة التي يخترعها العامل إلى صاحب العمل ويبين موقف التشريعات الأردنية منها ومدى مراعاة هذه التشريعات لمصلحة العامل كطرف ضعيف، من خلال الإشارة إلى نص المادة (820) من القانون المدني والمادة (20) من قانون العمل الأردني، والمادة (5) من قانون براءات الاختراع الأردني والتعديلات التي طرأت على هذه التشريعات، أما المطلب الثاني فيبحث في أيلولة ملكية الاختراعات العرضية التي توصل اليها العامل إلى صاحب العمل ويبين موقف التشريعات السابق ذكرها منها. بالإضافة إلى مدى مراعاة هذه التشريعات لمصلحة العامل كطرف ضعيف. أما النتيجة الرئيسية لهذه الدراسة فهي: لا يوجد من بين التشريعات الأردنية المطبقة ما يمكن الاعتماد عليه بصورة كلية في تنظيم جميع اختراعات العمالالتي تؤول الى صاحب العمل بصورة تضمن مصلحة العامل كطرف ضعيف.

**الكلمات المفتاحية:** التشريع الاردني، اختراعات العمال، ملكية صاحب العمل للاختراعات، براءات الاختراع، مصلحة العامل الضعيف.

**Abstract :** It is well known that the inventions of the employees play a major and a significant role in developing, flourishing and promoting human societies.

In this study, I have evaluated the position of the Jordanian Legislation in dealing with the inventions of the employees. This is examined from the perspective of the employee protection as the weaker party. This is shown in two chapters: The first chapter examines the devolution of possessing the employee's inventionswhen their job is Finds the inventions. Besides, it shows the role of the Jordanian Legislation that is played and how it regards the benefit of the employee as a weaker party. This is studied by referring to Article (820) of the Civil Law, Article (20) of the Jordanian Labor Law, Article (5) of the Jordanian Patent Law and all the changes that happened over these Laws. The second chapter examines the devolution of the employee when they don't have to Finds the inventions., examines its conditions and how the Jordanian Legislation looks at it exactly as it is before. Moreover, I have illustrated how much the Jordanian Legislation takes in consideration the benefit of the employee as the weaker party and I have shown the consequences of making the evolution for the employee.

To conclude, I found that there is nothing in the Jordanian Legislation that we can depend on to organize all the types of the employee inventions from the perspective of protecting him as weak part.

**key words**: Jordanian Legislation ,Workers' inventions, Ownership of inventions for inventions, Patents ,The benefit of the weak worker.

**مقدمة :**

تعتبر اختراعات[1] العمال[2]من أكثر الاختراعات شيوعا وانتشارا في كل أرجاء العالم. ويرجع الفضل إليها في تطور الدول الصناعية وتقدمها وازدهارها، بالإضافة إلى أن هذا النوع من الاختراعات، يشكل المحور الأساسي في النهضة الصناعية،[3] حيث أصبح حق العامل فيما يهتدي إليه من اختراعات ذو أهمية قصوى؛[4]لذلك فان مصير هذه المخترعات يجر وراءه معضلات جمة سواء على النسق الاقتصادي أم الاجتماعي أم الإنساني.[5]

تكمن أهمية اختراعات العمال من الناحية الاقتصادية، في أنها تؤدي إلى الارتقاء في وسائل الإنتاج الفنية، وهذا بدوره يؤدي إلى زيادة كمية الأموال المنتجة، وبالتالي ارتفاع مستوى المعيشة للأفراد. [6]

من المعروف كقاعدة عامة، أن الاختراع ينسب إلى الشخص الذي ابتكره؛ لأنه هو الذي بذل الجهد الذهني من أجل التوصل إليه. ولكن في حالة إذا كان الشخص الذي قام بالاختراع هو العامل، هنا قد يختلف الوضع، فمن الممكن في بعض الحالات أن تؤول ملكية الاختراع إلى صاحب العمل.[7]علما بأن العامل في كل الأحوال سيحتفظ بالحق الأدبي لهذا الاختراع، حيث يعتبر هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية وتعرف بحق الأبوة التي لا يجوز الترول عنها سواء بمقابل أو بغير مقابل.[8] وهذا يؤدي إلى أن يكون العامل طرفا في كل من دعوى الإبطال ودعوى التقليد.

(1)يمكن تعريف الاختراع على انه: كل ابتكار جديد وقابل للاستغلال الصناعي، سواء أكان متعلقا بمنتجات جديدة، أو بوسائل أو بطرق صناعية مستحدثة أو وسائل صناعية معروفة أو بتطبيق جديد لطرق. انظر إلى د. سميحة القليوبي، القانون التجاري (نظريةالأعمال التجارية والتجار – المحل التجاري)، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، صفحة رقم 292. انظر ايضا درويش عبد الله درويش إبراهيم، شرط الجدة في الاختراعات وفقا لاتفاقية باريس ومدى وملاءمتها للدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، صفحة رقم 71. رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، براءات الاختراع ما بين التشريعين الأردني والمصري والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2006، صفحة رقم 1. وانظر ايضا الى المادة الثانية من قانون براءات الاختراع رقم (71) لسنة2001.

(2) هناك العديد من الآراء الفقهية التي قامت بتعريف المقصود بالعامل نلاحظ أنها وعلى تعددها تصب في منبع واحد حيث إن معظمها اجتمع على تعريفه بأنه: كل شخص طبيعي يعمل لدى صاحب عمل، بحيث يعمل تحت إشرافه وإدارته لقاء أجر. د. محمد حسين منصور، قانون العمل، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، صفحة رقم 255.وانظر ايضا الى المادة الثانية من قانون العمل الاردني رقم (12) لسنة2007.

(3) محمود زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، بدون مكان نشر،1982، صفحة رقم 725.

(4) ذلك أن أكثر من نصف الاختراعات والابتكارات في فرنسا، تتم في المؤسسات الصناعية من جانب العاملين. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بدون سنة نشر، صفحة رقم 162 و163.

(5) المرجع نفسه، صفحة رقم 162 و163.

(6) صلاح الدين قوره، اختراعات العاملين والحقوق التي ترد عليها، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، 1970، صفحة رقم 10. وانظر أيضا: حسين خلاف، مبادئ الاقتصاد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، 1950، صفحة رقم 46 وما بعدها.

(7) الذي يعمل العامل تحت إدارته وإشرافه لقاء اجر.

(8)عامر محمد علي، شرح قانون العمل الاردني، الطبعة الأولى، المركز القومي للنشر، الاردن، 1999، ص 149. صلاح الدين قوره، مرجع سابق، ص 346. وانظر أيضا: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثامن، حق الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص279.

وقد تم الرجوع إلى كل من نص المادة (820) من القانون المدني الأردني والمادة (20) من قانون العمل الأردني، والمادة (5) من قانون براءات الاختراع الأردني والتعديلات التي طرأت على هذه التشريعات.

وانطلاقا من الأهمية الكبيرة لهذا الموضوع؛ فقد تم التركيز في هذه الدراسة على الإجابة عن التساؤل الآتي: ما هو موقف التشريع الأردني من اختراعات العاملين التي تؤول ملكيتها لصاحب العمل على ضوء مبدأ حماية العامل كطرف ضعيف، وما مدى موازنة هذه التشريعات بين مصلحة العامل ومصلحة صاحب العمل؟

لقد تم الأخذ بالمنهج الوصفي والتحليلي في هذه الدراسة وستتم الإجابة عن هذا التساؤل من خلال التركيز على الحالات التي تؤول فيها ملكية اختراع العامل إلى صاحب العمل وموقف التشريعات الأردنية من هذه المسألة، من خلال تقسيم هذه الدراسة إلى مطلبين؛ اختراعات الخدمة (المطلب الاول)، الاختراعات العرضية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: اختراعات الخدمة.

في كثير من الأحيان، قد يتوصل العامل للاختراع بسبب طبيعة العمل الذي يقوم به عند صاحب العمل؛ أي أن تكون وظيفته الابتكار والاختراع، وقد يكون هناك اتفاق بين العامل وصاحب العمل على القيام بالاختراع، وهذا النوع من اختراعات العمال يطلق عليه" اختراعات الخدمة".

### الفرع الأول: تعريف اختراعات الخدمة.

ظهرت العديد من الآراء الفقهية التي حاولت وضع تعريف محدد وشامل لبيان المقصود بهذا النوع من اختراعات العاملين.

عند التمعن جيدا بالآراء الفقهية بما يتعلق بهذه المسألة، نلاحظ أن هناك اختلافا في آراء هؤلاء الفقهاء، ويرجع السبب في ذلك إلى أن كل منهم نظر إلى هذا النوع من الاختراعات من زاوية مختلفة، فمنهم من قام بتعريف اختراعات الخدمة من خلال التركيز على مسألة طبيعة العمل الذي يقوم به العامل، لدرجة أن هناك بعض الفقهاء من قام بتسمية هذه

الاختراعات "الاختراع من طبيعة العمل".[1] ذلك أن من الفقه من عرف اختراعات الخدمة على أنها: اختراعات تتصل بنشاط المؤسسة، والتي يتوصل العامل إليها أثناء قيامه بعمله، في حالة اقتضاء طبيعة عمله القيام بالبحث والابتكار وإفراغ الجهد في الابتداع؛ من أجل التوصل للاختراع.[2]

وهناك آراء فقهية أخرى ذهبت إلى تعريف اختراعات الخدمة، من خلال التركيز على دور صاحب العمل في تنفيذ الاختراع؛ أي أنها ركزت على مسألة انهلولا صاحب العمل لما توصل العامل إلى تحقيق الاختراع. حيث هناك من عرفها على انها: الاختراع الذي يكون لصاحب العمل الدور الرئيسي في وجوده، من خلال قيامه بتخصيص مهمة العامل، سواء أكان وحده أو مع غيره من العمال بصورة دائمة أو مؤقتة، في الاختراع والبحث عنه، واضعا بين يديه الأدوات اللازمة ومعامل البحث والأجهزة والتجارب والخبرات وغيرها من التسهيلات.[3]

وأخيرا، وعند النظر إلى جميع الآراء الفقهية السابقة نستنتج أن اختراعات الخدمة هي: الاختراعات التي يتوصل إليها العامل بسبب طبيعة العمل الذي يقوم به، أو بسبب وجود اتفاق بين كل من صاحب العمل والعامل المخترع ويكون لصاحب العمل دور في تحقيقها، مما يترتب عليه أيلولة ملكية الاختراع لصاحب العمل الذي تحقق في منشأته أو مؤسسته.

**الفرع الثاني: موقف التشريعات الأردنية من نسبة اختراعات الخدمة لصاحب العمل.**

سيتم التركيز في هذا الفرع على موقف التشريعات الأردنية فيما يخص اختراعات الخدمة، وموقف هذه التشريعات بما يتعلق بالعامل المخترع بصفته الطرف الضعيف في العلاقة التي تربط بينه وبين صاحب العمل.

(1) انظر: عامر محمد علي، مرجع سابق، ص151

(2) انظر الى كل من: أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 266. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 334. فتحي عبد الرحيم عبد الله واحمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996-1997، ص 113. رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 112. صلاح الدين قوره، مرجع سابق، ص 203. جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول العربية، الطبعة الأولى، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الكويت، 1983، صفحات متفرقة. همام محمد محمود، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 307 و308. د. عامر محمد علي، مرجع سابق، ص 149. السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل المصري، الجزء الأول، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، 1989، ص 284. حسن كيره، أصول قانون العمل (عقد العمل)، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1979، ص 330.

(3) انظر: محمود زكي،مرجع سابق، ص 727.

**أولا: القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.**

ان الأصل هو استقلال العامل في امتلاك ما توصل إليه من مخترعات أثناء عمله،[1]وهذا ما أكدت عليه الفقرة الأولى من نص المادة (820) من هذا القانون خاصة عندما نصت على أنه*" 1- إذا وفق العامل إلى اختراع أو اكتشاف جديد أثناء عمله فلا حق لصاحب العمل فيه..." .*[2]

ومع ذلك نلاحظ أن المشرع في نص المادة (820) من القانون المدني الأردني، قد أجاز أن تؤول ملكية الاختراعات إلى غير صاحبها الذي قام بتحقيقها، حيث قام بتحديد الحالات التي تؤول فيها ملكية اختراعات الخدمة إلى صاحب العمل، ويمكن إجمالهذه الحالات كما يلي:

**أ- إذا كانت طبيعة العمل المتفق عليه يستهدف قيام العامل بالاختراع:**

حيث تنص المادة (1/820/أ) من هذا القانون على انه: " أ- إذا كانت طبيعة العمل المتفق عليه تستهدف هذه الغاية".

ألاحظ من خلال نص المادة السالف ذكرها، أنه يمكن تحديد اختراعات الخدمة من خلال النظر إلى طبيعة المؤسسة التي تحقق فيها الاختراع [3]أو حسب طبيعة العمل الذي يقوم به العامل، فقد تكون هذه المنشأة أو المؤسسة متخصصة في إجراء التجارب والدراسات والبحوث التي تؤدي إلى التوصل لمثل هذه الاختراعات[4].وفي هذه الحالة فإن هذه الاختراعات تؤول ملكيتها لصاحب العمل وليس للعامل[5]، وهذا يتفق مع ما ذهب إليه المشرع المصري في قانونه المدني.[6]

(1) أنظر في ذلك الى كل من: صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مرجع سابق، ص 164 و165. أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 264.
(2) وتقابلها في القانون المصري المقارن المادة (688) من القانون المدني المصري وتعديلاته رقم (131) لسنة 1948.
(3) أنظر الى كل من: صلاح الدين قوره، مرجع سابق، ص 203. السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 284. رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، مرجع سابق، صفحة 112. أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 264. محمود زكي، مرجع سابق، ص 727.
(4) فعلى سبيل المثال، العمال المهندسين المتعاقدين بالعمل لدى مكاتب الدراسة، فإن الغرض من عقودهم هو التوصل إلى ابتكار بعض المبتكرات. مع ذلك فلا يقتصر الأمر على تعهدات المهندسين، فقد يعقد مثل هذا العقد مع أي مستخدم آخر يعهد إليه بالعمل على التوصل إلى الابتكار المنشود. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مرجع سابق، ص 162و163.
(5)مع العلم بأن الاختراع الذي يتوصل إليه العامل أثناء قيام الرابطة العقدية مع صاحب العمل؛ يبقى الحق الأدبي فيه للمخترع نفسه، في حين تولى المشرع تنظيم الحق المالي على الاختراع بين العامل وصاحب العمل تبعا لمناسبة التوصل إليه. أنظر الى كل من: همام محمد محمود، مرجع سابق، ص 305. عامر محمد علي، مرجع سابق، ص 149. يوسف إلياس، قانون العمل العراقي، الجزء الأول، منشورات مكتبة التحرير، بغداد، 1980، ص 158.
(6) أنظر: الفقرة (2) من نص المادة (688) من القانون المدني المصري وتعديلاته رقم (131) لسنة 1948.

**ب- حالة وجود اتفاق صريح بين العامل وصاحب العمل:**

في البداية لابد من الإشارة إلى أن هناك ما يسمى بمصطلح " التوصية بالاختراع "، والذي يمكن تعريفه بأنه: الاتفاق الذي يتم بين طرفين بحيث يقوم أحدهما تنفيذا لمقتضى العقد باختراع أو ابتكار معين لحساب الموصي، وذلك لقاء عوض محدد. ويكيف الفقه الفرنسي هذا العقد كونه ضربا من إجارة الأعمال.[1]

ويعد الاتفاق على نقل ملكية الاختراع أمرا جوهريا في هذا العقد، مما ينطوي عليه قصد الطرفين، وبذلك يعد الموصي في هذا العقد بمثابة محال له من طرف المخترع،[2]فيكون له بهذا أن يتقدم بطلب براءة اختراع.[3]

وبالرجوع إلى نص المادة(1/820/ب) من القانون المدني الأردني والتي تنص على:

*" ب - إذا اتفق في العقد صراحة على أن يكون له الحق في كل ما يهتدي إليه العامل من اختراعات" .*

نلاحظ هنا أنه إذا كان صاحب العمل قد اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدي إليه العامل من المخترعات،[4] فإن هذه الاختراعات ستؤول إلى صاحب العمل الذي تحقق الاختراع في منشأته، وذلك كأثر للاتفاق الصريح الذي تم بينه وبين العامل.[5] ففي هذه الحالة يثبت الحق المالي للاختراع لصاحب العمل بكل توابعه، [6]حيث يكون لصاحب العمل جميع الحقوق المترتبة على الاختراعات التي يستحدثها العامل أو المستخدم أثناء قيام رابطة العمل،[7] متى كان الاختراع في نطاق العقد أو رابطة العمل أو الاستخدام.[8]

(1) يشيع هذا الضرب من التوصيات في عالم الصناعة المعاصرة حيث يكلف الصناعيين بعض المهندسين من ذوي الاختصاص، أو شركات البحث والدراسات التقنية بإيجاد بعض الحلول لبعض المعضلات التقنية، وبموجب هذه العقود تتوجه التوصية باتخاذ الحلول والابتكارات المطلوبة إلى ما يسمى بالمؤلف أو محقق الاختراع ويكون هذا المؤلف هو المخترع الذي يحق له طلب تسجيل الاختراع باسمه، ومع ذلك ففي وسع عقد التوصية بالاختراع أن ينص على نقل ملكية الاختراع إلى مقدم التوصية. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مرجعسابق، ص 161.

(2)المرجعسابق ، ص 161.

(3) تعتبر هذه الحالة مثار جدل برأي بعض الفقه، إلا أنه ومن المسلم به برأي هذا الاتجاه الفقهي أن العقد هو شريعة المتعاقدين، بالتالي فإنه يقع لزاما على العامل الذي اتفق بموجب العقد مع صاحب العمل على أيلولة الاختراع الذي يتوصل إليه أثناء العمل لصاحب العمل، أن يقوم باحترام هذا الاتفاق كمحل لعقد العمل، الواقع أن العامل المخترع في هذه الحالة يقوم بإنجاز اختراع بناء على طلب من الغير الذي قد يكون إما شخصا طبيعيا أو معنويا، وأن الاتفاق بين الطرفين هو الذي يقوم بتحديد مصير هذا الاختراع بنظر التشريع والفقه. انظر: د. سامر دلالعه؛ "حق المؤلف في الاختراع" بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد (12)، العدد (1)، الامارات، 2006، ص 104.

(4) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 264.

(5) صلاح الدين قوره، مرجع سابق، ص 203. وانظر ايضا: محمد أنور حمادة، النظام القانوني لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 28.

(6) همام محمد محمود، مرجع سابق، هامش، ص 308.

(7) السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 284.

(8) محمود زكي، مرجع سابق، ص 727. وانظر ايضا: همام محمد محمود، مرجع سابق، هامش، ص 308.

نستخلص من كل ما سلف ذكره، أنه وبناءا على نص المادة (1/820/ب) من القانون المدني الأردني، إذا كان هناك اتفاق صريح بين العامل وصاحب العمل، وكان مضمون هذا الاتفاق يشير إلى أن الاختراع الذي سيحققه العامل ستؤول ملكيته إلى صاحب العمل وليس إلى العامل، وذلك تطبيقا لقاعدة" العقد شريعة المتعاقدين"، وبناءا على هذه القاعدة الاحظ أنه ومن هذه الزاوية قد تمت مراعاة مصلحة العامل المخترع بوصفه الطرف الضعيف من قبل القانون المدني الأردني، حيث أن هذا الأمر لا يؤدي إلى الإضرار بالعامل خاصة وأن هناك اتفاق بين العامل وبين صاحب العمل على أيلولة الاختراع لهذا الأخير، وبالتالي تؤول ملكية الاختراع لصاحب العمل وليس للعامل تنفيذا لمقتضى العقد الذي تم بينهما، وهذا يطابق ما ذهب إليه القانون المدني المصري المقارن.[1]

**ثانيا: التسلسل التاريخي لقانون العمل الأردني وموقفها من اختراعات الخدمة.**

مر قانون العمل الأردني بسلسلة من التغييرات والتعديلات، حيث قام بتنظيم مسألة اختراعات الخدمة وبين مدى أيلولة هذا النوع من الاختراعات، لكنه بسبب هذه التعديلات التي قام بها المشرع الأردني على هذا القانون خاصة على المادة (20) منه والتي تختص بمسألة اختراعات العاملين الاحظ أن هناك تفاوت بين موقف المشرع في قانون العمل القديم وموقفه في قانون العمل المعدل.

وحتى يتم توضيح موقف المشرع في هذا القانون من مسألة مدى أيلولة ملكية اختراعات الخدمة لصاحب العمل، يستلزم بداية الإشارة إلى موقف قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996، ثم الإشارة إلى موقف قانون العمل رقم (12) لسنة 2007، وتوضيح التعديلات التي أجراها المشرع الأردني على هذا القانون من خلال التركيز- كما تمت الاشارة سابقا- على نص المادة (20) منه ثم الإجابة على التساؤلات التالية:

هل وفق المشرع الأردني في هذا التعديل الذي قام به، أم لا؟ وهل راعى المشرع الأردني في قانون العمل مسألة أن العامل هو الطرف الضعيف في العلاقة بينه وبين صاحب العمل؟ أم أنه غلب مصلحة صاحب العمل على العامل الذي قام بالاختراع؟

---

(1)انظر: الفقرة (2) من نص المادة (688) من القانون المدني المصري وتعديلاته رقم (131) لسنة 1948.

**أ- موقف قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996 من اختراعات الخدمة.**

ابتداء تجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني وقبل عام 1996، المتمثل في قانون العمل رقم (21) لسنة 1960، لم يكن يعترف للعامل بالحق في الاختراع الذي قام بابتكاره، بل إن هذا القانون كان يخلو من أي نص ينظم مسألة اختراعات العمال.[1]ولكن بعد صدور قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996، قام بتنظيم مسألة اختراعات العاملين ضمن نصوصه، ويتضح ذلك جليا من خلال الفقرة (ب) من نص المادة (20) من هذا القانون، والتي تنص على أنه:

" ب - إذا كانت طبيعة الأعمال التي عهد بها إلى العامل تقتضي منه تخصيص جهده في الاختراع فللعامل أن يشارك في الحقوق المتعلقة بالاختراع بنسبة لا تزيد على (50%) خمسين بالمائة منها ويراعى في تقدير هذه النسبة مقدار الجهد العلمي والمادي الذي قدمه العامل والمواد والأدوات والمنشآت وسائر التسهيلات التي قدمها صاحب العمل".

عند النظر إلى المادة (20/ب) السالف ذكرها يتضح لي أن قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996 بين عدة أمور هي:

1- أن هذا القانون قام بتنظيم مسألة اختراعات العاملين، وخصوصا ما يتعلق باختراعات الخدمة.

2- أن هذا القانون اقتصر في تنظيمه لهذا النوع من الاختراعات-اختراعات الخدمة-على حالة ما إذا كانت طبيعة العمل التي عهد بها إلى العامل تقتضي منه القيام بالاختراع، ولكنه لم يشر إلى حالة ما إذا كان هناك اتفاق صريح بين العامل وبين صاحب العمل في عقد العمل على مسألة أيلولة ملكية الاختراع، وذلك على العكس من القانون المدني الأردني الذي أشار إلى كل هذه الحالات.

3- أن هذا القانون لم يجعل ملكية الاختراع تؤول بصورة كلية إلى صاحب العمل، بل أنه جعل من حق العامل أن يشارك في الحقوق المتعلقة بالاختراع مع صاحب العمل، بنسبة لا تزيد على (50%) خمسين بالمائة منها،[2]هذا على العكس من

(1) سامر دلالعه، مرجع سابق، ص 113
(2) أنظر: صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، الأردن، 2000، ص 53.

القانون المدني الأردني الذي جعل ملكية اختراعات الخدمة تؤول لصاحب العمل وحده دون مشاركة من قبل العامل الذي قام بالاختراع.

4- إن تقدير النسبة التي يتشارك فيها العامل مع صاحب العمل والمتعلقة بالاختراع، يراعى فيها مقدار الجهد العلمي والمادي الذي قدمه العامل من أجل الاختراع والمواد والأدوات والمنشآت وسائر التسهيلات التي قام صاحب العمل بتقديمها للعامل من أجل التوصل للاختراع [(1)]أي يتم الموازنة بين هذين المعيارين لبيان نسبة مشاركة أو مساهمة العامل في الاختراع المتحقق.

5- نلاحظ من خلال هذا القانون أن المشرع الأردني راعى أن العامل هو الطرف الضعيف في العلاقة بينه وبين صاحب العمل، وذلك عندما أعطى للعامل الحق في أن يتشارك مع صاحب العمل في الحقوق المتعلقة بالاختراع، وأن يحصل على نسبة من هذه الحقوق حتى لو لم تزد عن مقدار(50%) منها، حتى ولو كانت طبيعة العمل التي عهد بها للعامل تستلزم القيام بالاختراع، وحتى لو أن العامل استعمل أدوات ومواد ووسائل صاحب العمل، خاصة وأن العامل بذل من الجهد الشيء الكثير سواء أكان من الناحية الذهنية (المتمثلة بالجهد الذهني) أو من الناحية المادية، وبالتالي فمن حقه الحصول على هذه النسبة من الاختراع.

خلاصة القول من خلال ما أشرت إليه آنفا، يتضح لنا أن قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996، قامبتنظيم مسألة اختراعات الخدمة ولكنه لم يجعلها تؤول إلى صاحب العمل وحده كما هو الحال في القانون المدني الأردني وإنما قام بتمكين العامل بصفته الطرف الأضعف في العلاقة، بالتشارك مع صاحب العمل في الحقوق المتعلقة بالاختراع بنسبة لا تزيد على (50%) خمسين بالمائة منها ويراعى في تقدير هذه النسبة مقدار الجهد العلمي والمادي الذي قدمه العامل والمواد والأدوات والمنشآت وسائر التسهيلات التي قدمها صاحب العمل.

**ب – موقف قانون العمل الأردني المعدل رقم (12) لسنة 2007 من اختراعات الخدمة.**

(1)صلاح زين الدين، مرجع سابق، ص 53.

قام المشرع الأردني بتعديل ما جاء في نص المادة (20) من قانون العمل والتي أصبحت في الفقرة (أ)منها، بعد التعديل تنص على:

*" تحدد حقوق الملكية الفكرية لكل من صاحب العمل والعامل بالاتفاق خطيا بينهما فيما يتعلق بأعمال صاحب العمل إذا استخدم العامل خبرات صاحب العمل أو معلوماته أو أدواته أو آلاته الأولية في التوصل إلى هذا الابتكار."*

عند إمعان النظر في نص المادة (20/أ) من هذا القانون، ألاحظ أنه لم يستخدم لفظ الاختراع أي أنه لم يتحدث عن اختراعات العاملين بشكل خاص، وإنما استخدم لفظا أوسع وهو "حقوق الملكية الفكرية"، فضلا عن عدم النص على حالات اختراعات الخدمة الانف ذكرها، ولهذا السبب لم يوفق المشرع في قانون العمل في التعديل الذي أجراه.

**ج – التسلسل التاريخي لقانون براءات الاختراع فيما يتعلق باختراعات الخدمة.**

قام المشرع الأردني بإجراء سلسلة من التعديلات والتغييرات على قانون براءات الاختراع، خاصة على المادة (5) من هذا القانون والتي تختص باختراعات العاملين، وفي هذا القسم سأقوم بالتركيز على التغييرات والتعديلات التي حصلت على هذا القانون والتي تتعلق بحالة اختراعات الخدمة، ذلك من خلال التطرق إلى موقف كل من: قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999، وقانون براءات الاختراع الأردني المعدل رقم (71) لسنة 2001.

**1– موقف قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999من اختراعات الخدمة.**

نتيجة للسلبيات والانتقادات التي تم توجيهها لقانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم (22) لسنة 1953، كونه لم يشر إلى اختراعات الخدمة ولا حتى لاختراعات العاملين فضلا عن أنه لم يقم كذلك بتنظيم مسألة أيلولة الحق في الاختراعات[1]؛ قام المشرع الأردني بإصدار قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999، والذي يعتبر أول قانون براءات اختراع صدر في الأردنينظم موضوع مسألة اختراعات العاملين.[(2)]

(1)أن قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم (22) لسنة 1953، هو أول قانون نظم حق الاختراع في الأردن، وقد ألغيت بموجبه جميع التشريعات العثمانية والأنظمة الأردنية والفلسطينية المتعلقة بتسجيل امتيازات الاختراعات والرسوم التي كانت سارية المفعول قبل ذلك.
وعند إمعان النظر في هذا القانون نلاحظ أن المشرع الأردني لم ينظم مسألة اختراعات الخدمة بل أنه لم ينظم بصفة عامة حالات اختراعات العاملين ولم يتطرق إلى هذا الموضوع.
(2) سامر دلالعه، مرجع سابق، ص 126.

عند إمعان النظر في هذا القانون يتضح لي أنه قام بتنظيم بمسألة اختراعات الخدمة بصورة صريحة، ويتضح ذلك جليا في نص في المادة (5/ج/1) من هذا القانون والتي تنص على أنه:

*"1- لصاحب العمل متى كان الاختراع ناتجًا عن عقد عمل يلزم العامل بالقيام بنشاط ابتكاري معين ما لم ينص العقد على غير ذلك."*

ومن خلال نص المادة السالف ذكرها، ألاحظ أن قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999، أشار إلى أنه إذا كانت طبيعة عقد العمل القائم بين العامل المخترع وصاحب العمل تقتضي إلزام العامل بالقيام بنشاط ابتكاري معين، فهنا تؤول ملكية الاختراع إلى صاحب العمل الذي تم الاختراع في منشأته، نظرا إلى طبيعة العمل الذي وكل به العامل.

مع الأخذ بعين الاعتبار عدم وجود اتفاق بين العامل وصاحب العمل على غير ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة أعلاه بصورة صريحة، وبناءا على ذلك فإنه في حالة وجود اتفاق في عقد العمل الذي تم بين العامل وصاحب العمل على أن تؤول ملكية الاختراع إلى العامل، فيجب مراعاة هذا الاتفاق على الرغم من أن طبيعة العمل تقضي بقيام العامل بالاختراع.

مع الأخذ بعين الاعتبار انه إذا كانت اختراعات العمال تعتبر ذات قيمة اقتصادية كبيرة فإن من حق العامل أن يقوم بمطالبة صاحب العمل بمقابل خاص [(1)]وفقا لمقتضيات العدالة.[2]

**2- موقف قانون براءات الاختراع الأردني المعدل رقم (71) لسنة 2001 من اختراعات الخدمة.**

قام المشرع في قانون براءات الاختراع الأردني رقم (71) لسنة 2001 بتعديل ما جاء في الفقرة (ج) من المادة الخامسة من القانون القديم، حيث أصبحت هذه الفقرة بعد التعديل تنص على:

*" ج. لصاحب العمل إذا كان الاختراع الذي توصل إليه العامل أثناء استخدامه يتعلق بأنشطة صاحب العمل أو أعماله...وذلك ما لم يتفق خطيا على غير ذلك" .*

(1) ذلك ما لم يكن قد تم الاتفاق بين العامل وصاحب العمل على أجر خاص يتقاضاه الأول مقابل الاختراع بالإضافة إلى أجره المعتاد عن العمل. السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 284.

(2)هذا ما أكدت عليه نص المادة (5/ج/2) من هذا القانون والتي تنص على:
" 2. إذا كان للاختراع قيمة اقتصادية تفوق توقعات الطرفين عند توقيع العقد فيستحق العامل المخترع تعويضاً عادلاً يتناسب مع هذه القيمة وإذا لم يتفق الطرفان على مقدار هذا التعويض فيتم تحديده بقرار من المحكمة المختصة."

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن هذا القانون كان واضحا بشأن جعل ملكية هذا النوع من الاختراعات تؤول إلى صاحب العمل، ذلك في حالة إذا كانت طبيعة عمل العامل تستلزم منه القيام بالتوصل لتحقيق الاختراع، بشرط ألا يكون هناك اتفاقا خطيا بين العامل وصاحب العمل يقضي بغير ذلك، حيث إنه إذا تم مثل هذا الاتفاق فيتم الأخذ بمضمونه وليس بما جاء في هذه المادة بضرورة أيلولة الاختراع لصاحب العمل، وهذا يتشابه مع موقف قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999.

ومن هذه الزاوية نلاحظ مدى تعاطف المشرع في قانون براءات الاختراع الأردني المعدل رقم (71) لسنة 2001 مع العامل بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة التي تجمعه مع صاحب العمل، عندما ترك المجال لوجود اتفاق بين العامل وصاحب العمل؛ أي أنه لم يجعلها قاطعة لصاحب العمل بل ترك هناك مجال لإمكانية وجود اتفاق بينهما، ولكن على الرغم من هذا كان موقف قانون العمل الأردنيالمعدل رقم (12) لسنة 2007أفضل، لأنه من البداية ترك مسألة أيلولة هذا الاختراع للاتفاق الذي يعقد بين العامل وصاحب العمل.

كما أن قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999 قد راعى مصلحة العامل بصورة أكبر من قانون براءات الاختراع الأردني رقم (71) لسنة 2001، وذلك عندما نص على إمكانية حصول العامل على تعويض عادل إذا كان للاختراع المتحقق قيمة اقتصادية كما أشرنا سابقا.

## المطلب الثاني: الاختراعات العرضية.

سنتناول هذا المطلب من خلال تقسيمه الى فرعين؛ تعريف الاختراعات العرضية (الفرع الاول)، وبيان موقف التشريعات الأردنية من هذه الاختراعات (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف الاختراعات العرضية.

ظهرت العديد من الآراء الفقهية التي حاولت القيام بوضع تعريف محدد، يبين ويوضح المقصود بهذا النوع من الاختراعات.

فهناك من عرفها على أنها: الاختراعات التي يستنبطها العامل أثناء خدمة رب العمل وبمناسبتها دون أن يكون مكلفا بالبحث والاختراع بصورة دائمة أو مؤقتة.[1] أي يكون الاختراع متصلا بشكل أو بآخر بالعمل الذي يؤديه الأجير في المؤسسة، وأن يستنبط بمناسبة قيام الأجير بعمله في خدمة صاحب العمل.[2]

وهناك ايضا منعرفها على أنه: الاختراع المتصل بنشاط المشروع الذي يتوصل إليه العامل بتلقائية من جانبه أثناء خدمته لدى صاحب العمل، [3] اعتمادا على أدوات وتسهيلات توافره في المنشأة، بغير أن يكون داخلا في طبيعة عمله إفراغ الجهد للكشف أو الاختراع. [4]

فالعامل هنا ليس عمله الأصلي الابتكار، أي أنه لا يعمل بقصد التوصل إلى الأبحاث والاختراعات ولا يستخدم لهذا الغرض.[5] أي أنها اختراعات تتصل بنشاط صاحب العمل ولكنها لا تتعلق بوظيفة العامل، حيث لا يكون العامل مكلفا بالبحث والاختراع [6] كأن تكون طبيعة وظيفته إدارية أو مكتبية، ومع ذلك توصل إلى اختراع أو اكتشاف شيء ما. [7]

نستخلص من الآراء الفقهية التي تمت الإشارة إليها سالفا، أن بعض هذه الآراء تقوم بالتركيز في تعريف الاختراعات العرضية على فكرة أن هذا النوع من الاختراعات متعلق بنشاط صاحب العمل ولكن تم التوصل إليها بصورة عرضية سواء أتحققت هذه الاختراعات أثناء خدمة صاحب العمل أو بمناسبته بسبب الأدوات أو الوسائل التي يقدمها صاحب العمل للعامل.

**الفرع الثاني: موقف التشريعات الأردنية من نسبة الاختراعات العرضية لصاحب العمل.**

في هذا الفرع سأقوم بالتركيز في دراستي على موقف التشريعات الأردنية، بما يتعلق بالاختراعات العرضية، وذلك كما يلي:

**أولا: موقف القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 من الاختراعات العرضية.**

(1) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 264. انظر ايضا: صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، موجع سابق، ص 163.
(2) انظر الى: أنور السيد أحمد، مرجع سابق، ص 95. حسن كيره، مرجع سابق، ص 328.
(3) همام محمد محمود، مرجع سابق، ص 308.
(4) المرجع نفسه، هامش، ص 308.
(5) محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 335. انظر ايضا: صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، موجع سابق، ص 163
(6) فتحي عبد الرحيم عبد الله و د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 112.
(7) صلاح زين الدين، مرجع سابق، رقم الصفحة 51.

عند إمعان النظر في نص المادة (820) من القانون المدني، نلاحظ أن هذا القانون أشار الى حالة واحده من حالات الاختراعات العرضية، وهي الاختراعات التي تحقق من قبل العامل عرضيا عن طريق الاستعانة بالمواد أو الأدوات أو المنشآت أو أية وسيلة أخرى، والتي قام صاحب العمل بوضعها تحت تصرف العامل، حيث انه وبسبب الاستعانة بهذه الوسائل تم التوصل للاختراع.[1]

وبالرجوع إلى نص المادة (1/820 ج) من القانون المدني الأردني، والتي تنص على ما يلي:

" ج - إذا توصل العامل إلى اختراعه بواسطة ما وضعه صاحب العمل تحت يده من مواد أو أدوات أو منشآت أو أية وسيلة أخرى لاستخدامه لهذه الغاية ".

ألاحظ من خلال نص المادة السالف ذكرها، أنه في هذه الحالة قام صاحب العمل بتمكين العامل من القيام بالبحث وإعداد الآلات والأدوات والمعامل وتحمل نفقات البحوث والتجارب، فضلا عن أنه هو الذي وفر الجو الملائم للعامل حتى يستطيع الوصول إلى تحقيق الاختراع.[2]ذلك أنه مهما يكن استقلال العامل بمجهوده، فإن الاختراع ثمرة غير مباشرة لاستخدام العامل في المحل، حيث يجد عادة العون والإرشاد والتثقيف الفني [3]وبالتالي فإنهذه الاختراعات التي حققها العامل تؤول ملكيتها ملكيتها إلى صاحب العمل، ذلك بالاستناد إلى الفقرة(1/ج) من نص المادة(820) من القانون المدني الأردني.[4]

ولكن عند النظر من زاوية العامل كطرف ضعيف فهنا لا بد لنا من أن نميز بين حالتين لتحديد مدى مراعاة القانون المدني لمصلحة هذا العامل:

**الحالة الأولى**: إذا كان للاختراع المتحقق من قبل العامل أهمية اقتصادية فإن هذا القانون قد راعى مصلحة العامل كطرف ضعيف، وذلك لأنه يجوز للعامل أن يطالب في هذه الحالة بمقابل خاص تراعى فيه مقتضيات العدالة...، وذلك حسب الفقرة الثانية من نص المادة (820) من هذا القانون.

(1)في هذا الصدد، لا بد لنا من الإشارة إلى أن هناك بعض الآراء الفقهية التي تذهب إلى اعتبار الاختراعات التي تتحقق بفضل الفرص المتاحة من خبرات المؤسسة ومعداتها أو تحقق بسبب نشاط العامل في المؤسسة هي حالة من حالات اختراعات الخدمة وليست من حالات الاختراعات العرضية، لو لم يتم إلزام العامل بالقيام بمثل هذا العقد بصورة صريحة أو ضمنيه. أنظر في ذلك إلى: أنور السيد أحمد، مرجع سابق، ص 112.

(2) أنور العمروسي، مرجع سابق، ص 266 و 267. انظر ايضا: محمود زكي، مرجع سابق، ص 726. صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مرجع سابق، ص 164.

(3) محمود زكي، مرجع سابق، ص 726.

(4) هذا على الرغم من أن هناك بعض الآراء الفقهية التي تذهب إلى أن الأصل في هذا النوع من الاختراعات يجب أن تؤول ملكية الحق فيها إلى العامل الذي حقق الاختراع وليس إلى صاحب العمل وذلك وفقا للقواعد العامة، وفي هذا الأمر يعد تجريد للعامل، بغير مقابل، من حق ثابت له؛ لان الأجر الذي يتقاضاه يعتبر عوضا عن العمل الذي يلتزم بأدائه، لا الاختراع الذي وفق إليه دون أن يكون جزءا من عمله. انظر: محمود زكي، مرجع سابق، ص 728.

**الحالة الثانية**: إذا لم يكن للاختراع أهمية اقتصادية فهنا لن يستحق العامل هذا المقابل الخاص، وبالتالي فإن القانون المدني لم يراع من هذا الجانب مصلحة العامل كطرف ضعيف، خصوصا وأن هذا الأخير قد بذل من الجهد والوقت الشيء الكثير لتحقيق هذا الاختراع.

**ثانيا: التسلسل التاريخي لقانون العمل الأردني وموقفها من الاختراعات العرضية.**

**أ – موقف قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996 من الاختراعات العرضية.**

عند النظر الى نص المادة (20/ب) من هذا القانون الاحظ أن المشرع لم ينص على مسألة الاختراعات العرضية، حيث إنه عندما أشار إلى المواد والأدوات...، أشار إليها على أنها أمور لابد من مراعاتها عند تقدير نسبة مشاركة العامل مع صاحب العمل باختراع الخدمة والتي ذكرت سابقا.

وعند النظر إلى هذا القانون نلاحظ انه لم يراع مصلحة العامل الضعيف وذلك لعدم إشارته لهذا النوع من اختراعات العاملين.

**ب – موقف قانون العمل الأردني المعدل رقم (12) لسنه 2007 من الاختراعات العرضية.**

عند إمعان النظر في نص المادة (20/أ) السابق ذكرها، يتضح لنا أن هذا القانون نص على حالة من حالات الاختراعات العرضية، وهي حالة استخدام العامل لآلات وأدوات ووسائل صاحب العمل وغيرها من التسهيلات الأخرى التي يقدمها الأخير للعامل، بحيث يتمكن من خلالها من القيام بالاختراع.

وفي حالة قيام العامل بتحقيق الاختراع بالاستعانة بأدوات وخبرات ومواد صاحب العمل وغيرها من التسهيلات التي يقدمها للعامل، فإن الحقوق المترتبة على هذا الاختراع يتم تحديدها من قبل كل من العامل المخترع وصاحب العمل عن طريق اتفاق خطي يعقد بينهما بهذا الشأن.[1]

(1) وهذا يشكل اعترافا بالنشاط الذهني الذي يقوم به العامل للوصول إلى الاختراع من جهة، كما انه اعتراف بالعوامل المساعدة الأخرى– كالآلات و الأجهزة– التي يقدمها صاحب العمل إلى العامل من جهة أخرى، أي أن هناك تقدير للجانب المعنوي الذي يقوم به العامل، وتقدير للجانب المادي الذي يقدمه رب العمل. انظر: الدكتور احمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، بدون سنة نشر، ص 159.

من هنا نلاحظ مدى تعاطف المشرع الأردني مع العامل كطرف ضعيف، فهو لم يجعل هذا النوع من الاختراعات يؤول بصورة مباشرة إلى صاحب العمل، بل جعل هذا الأمر متروكا لكلا المتعاقدين، فهما اللذان يحددان مصير الاختراع وهما اللذان يحددان الشخص الذي سيؤول إليه، وبالتالي أعطى فرصة أكبر للعامل في الحصول على الاختراع بالمقارنة مع موقف المشرع الأردني في القانون المدني والذي جعل الاختراع الذي يتحقق بهذه الحالة ملكا لصاحب العمل.

وأخير فإن المشرع الأردني في قانون العمل رقم (12) لسنة 2007كان موقفه أفضل في هذه الزاوية من موقف قانون العمل رقم (8) لسنة 1996، وذلك لأن هذا الأخير لم ينص على مسألة الاختراعات العرضية على خلاف قانون العمل الأردني رقم (12) لسنة 2007.

وبالتالي فإن قانون العمل رقم (12) لسنة 2007 في الاختراعات العرضية أكثر مراعاة لمصلحة العامل الضعيف من قانون العمل رقم (8) لسنة 1996.

**ثالثا: التسلسل التاريخي لقانون براءات الاختراع فيما يتعلق بالاختراعات العرضية.**

أشرت سابقا أن المشرع الأردني قام بإجراء بعض التعديلات على قانون براءات الاختراع، خاصة فيما يتعلق بمسألة اختراعات العاملين، وهنا لابد لي من ذكر موقف هذا القانون قبل وبعد التعديل، ذلك من خلال بيان موقف كل من قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999 وموقف قانون براءات الاختراع الأردني رقم (71) لسنة 2001 من مسألة الاختراعات العرضية.

**أ- موقف قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999 من الاختراعات العرضية.**

بداية لابد من الإشارة إلى أن قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم (22) لسنة 1953-كما ذكرت سابقا- لم يورد أي نص يتعلق باختراعات العاملين، ومن باب أولى لم يشر إلى مسالة الاختراعات العرضية، ولكن بعد صدور قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999، لاحظت أن المشرع الأردني في هذا القانون قد نظم حالة اختراعات العاملين، كما انه أشار إلى حالة تحقق الاختراع بصورة عرضية؛ حيث يظهر ذلك جليا في الفقرة (د) من نص المادة (5) من هذا القانون والتي تنص على:

" د.1. إذا توصل العامل غير المكلف بالقيام بنشاط ابتكاري بموجب عقد العمل إلى اختراع ذي علاقة بمجال نشاط صاحب العمل مستخدماً في ذلك خبرات أو وثائق أو أدوات صاحب العمل أو مواده الأولية الموضوعة تحت تصرفه فعليه أن يعلم صاحب العمل فوراً بإشعار كتابي عن اختراعه ويكون الحق في ذلك الاختراع للعامل المخترع إذا انقضت أربعة أشهر من تاريخ تقديم الإشعار أو من تاريخ علم صاحب العمل بالاختراع أيهما أسبق إذا لم يبد صاحب العمل رغبته في تملك الاختراع بإشعار كتابي.

2. إذا أبدى صاحب العمل رغبته في تملك الاختراع خلال المدة المحددة في البند 1 من هذه الفقرة يعتبر الاختراع من حقه من تاريخ التوصل إليه ويستحق العامل المخترع تعويضاً عادلاً يؤخذ فيه بعين الاعتبار أهمية الاختراع وقيمته الاقتصادية وكل فائدة تعود منه على صاحب العمل وإذا لم يتفق الطرفان على مقدار التعويض يتم تحديده بقرار من المحكمة المختصة. "

من خلال نص المادة السالف ذكرها يتضح لنا أنه في حالة تحقق الاختراع بصورة عرضية من قبل العامل، أي في حالة ما إذا توصل هذا الأخير وغير المكلف بالقيام بنشاط ابتكاري بموجب عقد العمل؛ إلى اختراع ذي علاقة بمجال نشاط صاحب العمل مستخدماً في ذلك خبرات أو وثائق أو أدوات صاحب العمل أو مواده الأولية الموضوعة تحت تصرفه...، فإن هذا الاختراع تؤول ملكية الحق فيه إلى صاحب العمل،[(1)] الذي ساهم بطريقة غير مباشرة في تحقيق الاختراع[(2)]بشرط أن يقوم العامل بإعلام صاحب العمل فورا بأنه قام بالاختراع، وذلك عن طريق قيام العامل المخترع بإرسال إشعار كتابي بصورة فورية إلى صاحب العمل، وبعد ذلك يجب على صاحب العمل أن يقوم بإبداء رغبته في تملك هذا الاختراع عن طريق إشعار كتابي قبل انقضاء مدة أربعة أشهر من تاريخ تقديم العامل للإشعار أو من تاريخ علم صاحب العمل بهذا الاختراع الذي تحقق على يد العامل أيهما أسبق وذلك حتى يؤول الاختراع لصاحب العمل. [(3)]

(1) أنظر: صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مرجع سابق، ص 164.
(2) أنظر: محمود زكي، مرجع سابق، ص 726.
(3) انظر: صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مرجع سابق، ص 163.

لكن إذا انقضت هذه المدة- مدة الأربعة أشهر من تاريخ تقديم الإشعار أو من تاريخ علم صاحب العمل بالاختراع أيهما اسبق- و لم يبد صاحب العمل رغبته في تملك الاختراع بإشعار كتابي فإن ملكيته تؤول إلى العامل الذي قام بالاختراع وليس إلى صاحب العمل، وفي هذا مراعاة لمصلحة العامل المخترع.

كما تجدر الإشارة إلى مسألة انه في حالة ما إذا آلت ملكية الاختراع إلى صاحب العمل على الوجه الذي بينته سابقا، فإن العامل الذي قام بالاختراع يستحق تعويضا عادلا، [1]ويتم الأخذ بعين الاعتبار عند تقدير قيمة التعويض، أهمية الاختراع وقيمته الاقتصادية وكل فائدة تعود منه على صاحب العمل، ذلك في حالة وجود اتفاق بين العامل وصاحب العمل على التعويض، أما في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين على مقدار التعويض فهنا يتم تحديده بقرار من المحكمة المختصة. [2]

من خلال ما أسلفت، نلاحظ أن المشرع في قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999 قد راعى مصلحة العامل كطرف ضعيف في حالتين:

**الحالة الأولى:** عندما قام هذا القانون بإعطاء الحق في ملكية الاختراعات العرضية إلى العامل بعد مرور المدة المقررة في نص المادة (5/د) من هذا القانون دون إبداء صاحب العمل رغبته في ملكية الاختراع، وفي هذا الأمر دليل على مراعاة هذا القانون مصلحة العامل كطرف ضعيف.

**الحالة الثانية:** عندما قام هذا القانون بإعطاء العامل الحق في اخذ التعويض العادل من صاحب العمل في حالة أيلولة ملكية الاختراع إلى صاحب العمل، ومن هنا نلاحظ أن المشرع الأردني في هذا القانون قد وازن بين مصلحة العامل الذي يمثل الطرف الضعيف في العلاقة ومصلحة صاحب العمل.

### 3- موقف قانون براءات الاختراع الأردني رقم (71) لسنة 2001 من الاختراعات العرضية.

أشرت سابقا بأن المشرع الأردني قام بإجراء بعض التعديلات على قانون براءات الاختراع، خصوصا على نص المادة (5) منه، والمتعلقة باختراعات العاملين، حيث أصبحت هذه المادة في الفقرة (ج) منها تنص بعد التعديل على:

---

(1) انظر: صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، مرجع سابق ، ص 162. وانظر ايضا: همام محمد محمود، مرجع سابق، ص 308.
(2) أنظر: المادة (5/ د/2) من قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999.

" ج. لصاحب العمل إذا كان الاختراع الذي توصل إليه العامل أثناء استخدامه يتعلق بأنشطة صاحب العمل أو أعماله أو إذا استخدم العامل في سبيل التوصل إلى هذا الاختراع خبرات صاحب العمل أو أعماله أو معلوماته أو أدواته أو مواده الموضوعة تحت تصرفه..."

نلاحظ من خلال نص المادة السالف ذكرها انه أشار إلى مسألة الاختراعات العرضية، وذلك في حالة استخدام العامل لخبرات صاحب العمل أو أعماله أو معلوماته أو أدواته أو مواده الموضوعة تحت تصرفه؛ فإن ملكية هذا الاختراع المتحقق على يد العامل تؤول ملكيته إلى صاحب العمل وليس إلى العامل المخترع وذلك على الرغم من الجهد الكبير الذي بذله هذا الأخير في تحقيق الاختراع.

وعند النظر إلى موقف قانون براءات الاختراع الأردني رقم(71) لسنة 2001، نلاحظ أن المشرع لم يوفق في هذا التعديل الذي أجراه فيما يختص بحالة الاختراعات العرضية، خاصة عند النظر من جانب العامل كطرف ضعيف، ذلك أنه كما رأينا أن هذا القانون قبل التعديل كان يوازن بين مصلحة العامل ومصلحة صاحب العمل، حيث مكن العامل– في حالة توافر الشروط التي ذكرناها أنفا– من أيلولة ملكية الاختراع العرضي له، وحتى لو لم تؤول ملكية الاختراع للعامل؛ فإنه يستحق التعويض العادل، وهذا مالا نجده في قانون براءات الاختراع الأردني رقم(71) لسنة 2001، وبالتالي نلاحظ أن قانون براءات الاختراع رقم(32) لسنة 1999، كان أكثر موازنة وعدالة ومراعاة للعامل كطرف ضعيف أكثر من قانون براءات الاختراع الأردني رقم(71) لسنة 2001.

**الخاتمة:**

تناولت في هذا البحث موقف التشريعات الأردنية من انتقال ملكية اختراعات العمال الى صاحب العمل وذلك على ضوء مبدأ حماية العامل كطرف ضعيف، وذلك من خلال بيان موقف كل من القانون المدني الاردني وقانون العمل وتعديلاته، وأخيرا قانون براءات الاختراع الاردني والتعديلات التي أجراها المشرع عليه وقيمت مدى توفيق المشرع في هذا التعديل.

**النتائج:**

1- ان القانون المدني الاردني راعى مصلحة العامل بصفته الطرف الضعيف في العلاقة التي تربطه مع صاحب العمل ذلك أنه إما أن يكون الاختراع تم التوصل اليه بسبب أن طبيعة عمل العامل تتطلب منه الوصول الى الاختراع أو ان هناك اتفاقا يقضي بهذا الامر، وبالتالي فإنه وبناءا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لم يتم الاضرار بمصلحة العامل.

2- ان المشرع الاردني في قانون العمل رقم (8) لسنة 1996اقتصر في تنظيمه لاختراعات الخدمةعلى حالة ما إذا كانت طبيعة العمل التي عهد بها إلى العامل تقتضي منه القيام بالاختراع، ولكنه لم يشر إلى حالة ما إذا كان هناك اتفاق صريح بين العامل وبين صاحب العمل في عقد العمل على مسألة أيلولة ملكية الاختراع، وذلك على العكس من القانون المدني الأردني الذي أشار إلى كل هذه الحالات.

3- ان المشرع الاردني لم يوفق في تعديل الذي اجراه على قانون العمل ذلك أن قانون العمل رقم (8) لسنة 1996 كان أكثر مراعاة لمصلحة العامل بصفته الطرف الاضعف مقارنة بقانون العمل الحالي رقم (12) لسنة 2007، ذلك أنه أعطى للعامل الحق في أن يتشارك مع صاحب العمل في الحقوق المتعلقة بالاختراع، وأن يحصل على نسبة من هذه الحقوق حتى لو لم تزد عن مقدار (50%) منها، حتى ولو كانت طبيعة العمل التي عهد بها للعامل تستلزم القيام بالاختراع.

4- ان المشرع الاردني لم يوفق في التعديل الذي اجراه على قانون براءات الاختراع ذلك أن قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999 قد راعى مصلحة العامل بصورة أكبر من قانون براءات الاختراع الأردني رقم (71) لسنة 2001، وذلك عندما نص على إمكانية حصول العامل على تعويض عادل إذا كان للاختراع المتحقق قيمة اقتصادية.

5- أن القانون المدني الاردني في الاختراعات العرضية لم يراع مصلحة العامل كطرف ضعيف وذلك عندما نص على عدم استحقاق العامل للمقابل الخاص إذا لم يكن للاختراع أهمية اقتصادية متناسيا الجهد والوقت الذي بذله العامل في سبيل الوصول الى هذا الاختراع.

6- ان المشرع الاردني كان موفقا في لتعديل الذي اجراه على قانون العمل، وذلك في قانون العمل رقم (12) لسنة 2007، حيث انه نص على الاختراعات العرضية كما انه لم يجعل هذا النوع من الاختراعات يؤول بصورة مباشرة إلى صاحب العمل، بل جعل هذا الأمر متروكا لكلا المتعاقدين، فهما اللذان يحددان مصير الاختراع وهما اللذان يحددان الشخص الذي سيؤول إليه.

7- لم يوفق المشرع الاردني في التعديل الذي اجراه على قانون براءات الاختراع ذلك أن قانون براءات الاختراع رقم(32) لسنة 1999 كان أفضل من قانون براءات الاختراع الأردني رقم(71) لسنة 2001، حيثإن القانون قبل التعديل كان يراعي مصلحة العامل بصورة أكبر عندما نص على استحقاقه للتعويض العادل هذا على خلاف القانون الحالي.

**التوصيات:**

1- يجب على المشرع الاردني أن يتراجع عن التعديلات التي اجراها على قانون العمل رقم (8) لسنة 1996 والتي تخص اختراعات الخدمة وذلك لمراعاتها أكثر لمصلحة العامل كطرف ضعيف،ذلك أنه أعطى للعامل الحق في أن يتشارك مع صاحب العمل في الحقوق المتعلقة بالاختراع، وأن يحصل على نسبة من هذه الحقوق حتى لو لم تزد عن مقدار (50%) منها، حتى ولو كانت طبيعة العمل التي عهد بها للعامل تستلزم القيام بالاختراع..

2- لابد على المشرع أن يتراجع عن التعديلات التي اجراها على قانون براءات الاختراع الأردني رقم (32) لسنة 1999 حيث انه لم يوفق في ذلك،حيث ارى ان هذا القانون كان أكثر مراعاة لمصلحة العامل وذلك عندما نص على إمكانية حصول العامل على تعويض عادل إذا كان للاختراع المتحقق قيمة اقتصادية.

3- على المشرع ان يتراجع عن التعديلات التي اجراها على قانون براءات الاختراع رقم(32) لسنة 1999،حيث إن القانون قبل التعديل كان يراعي مصلحة العامل بصورة أكبر عندما نص على استحقاقه للتعويض العادل هذا على خلاف القانون الحالي.

## قائمة المراجع

### أولا: الكتب

احمد عبد الكريم أبو شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، بدون سنة نشر.

السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل المصري، الجزء الأول، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، 1989.

أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، الطبعة الأولى، منشأة المعارف،الإسكندرية،2002.

حسن كيره، أصول قانون العمل (عقدالعمل)، الطبعة الثالثة،منشأة المعارف، الإسكندرية،1979.

حسين خلاف، مبادئ الاقتصاد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، 1950.

رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء، براءات الاختراع ما بين التشريعين الأردني والمصري والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن، 2006.

سميحة القليوبي، القانون التجاري (نظريةالأعمال التجارية والتجار – المحل التجاري)، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، بدون سنة نشر.

صلاح زين الدين، الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة، الأردن، 2000.

صلاح الدين قوره، اختراعات العاملين والحقوق التي ترد عليها، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، 1970.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثامن، حق الملكية، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1997.

عامر محمد علي، شرح قانون العمل الاردني، الطبعة الأولى، المركز القومي للنشر، الاردن، 1999.

فتحي عبد الرحيم عبد الله واحمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996-1997.

محمد أنور حمادة، النظام القانوني لبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

محمد حسين منصور، قانون العمل، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

محمود زكي، عقد العمل في القانون المصري، الطبعة الثانية، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، بدون مكان نشر،1982.

همام محمد محمود، قانون العمل (عقد العمل الفردي)، دار المعرفة الجامعية،الإسكندرية، بدون سنة نشر.

يوسف إلياس، قانون العمل العراقي، الجزء الأول، منشورات مكتبة التحرير، بغداد، 1980.

**ثانيا: الأبحاث والدوريات والرسائل الجامعية:**

جلال أحمد خليل، النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا إلى الدول العربية، الطبعة الأولى، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة الكويت، 1983.

درويش عبد الله درويش إبراهيم، شرط الجدة في الاختراعات وفقا لاتفاقية باريس ومدى وملاءمتها للدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992.

سامر دلالعه، "حق المؤلف في الاختراع" بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد (12)، العدد (1)، الامارات، 2006.

# التحقيق الجنائي الرقمي في ضوء قوانين حماية البيانات الشخصية

# Digital Forensic in the light of data protection laws

**رضوان اسخيطة**

**جامعة يوهانس غوتنبرغ ألمانيا**

**الملخص:**

تهدف الدراسة لبحث ماهية التحقيقات والأدلة الرقمية التي تتمتع بخصائص مختلفة عن مثيلتها التقليدية وكذلك بحث آليات جمع هذه الأدلة، كذلك يحاول البحث توضيح خصائص الأدلة الجنائية الرقمية في المخدمات السحابية وبحث مصادر الوصول إليها والتبعات القانونية لهذه المصادر، كما يتطرق البحث للمحاذير المتعلقة بالتعدي على خصوصية الأفراد في هذا الإطار والتمادي الحاصل بين عملية جمع المعلومات للتحقيق الرقمي من جهة ومراعاة قوانين حماية البيانات من جهة أخرى.

يتناول البحث أيضاً العلاقة ما بين نصوص اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية والتحقيقات الجنائية الرقمية واقتراح التوصيات بهذا الشأن.

**الكلمات المفتاحية:** التحقيق الجنائي الرقمي، اللائحة الأوروبية لحماية البيانات، قوانين حماية البيانات، المخدمات السحابية، الأدلة الرقمية، أمن المعلومات.

**Abstract :**

This research aims to discuss the digital forensic andevidences, and how it is differing from the traditional forensic. It isdiscussed and suggested recommended methods to maintain a balance between the digital forensic and the data protection laws, also discussed the digital forensics and the mechanism of collecting digital personal data without violating the privacy of the personal data.

The relationship between General Data Protection Regulation (GDPR) and the digital forensic was one of the main points of discussion. The research suggested some recommendation about how to deal with the data during the collecting of the digital evidenceto reach the level of acceptance in the courts and to avoid violating the data protection laws at the same time.

### المقدمة

أصبح التحقيق الجنائي الرقمي موضوع هام في صلب التحقيقات الجنائية والأبحاث القانونية نظراً لما له من طبيعة مختلفة عن نظيره التحقيق الجنائي التقليدي وطريقة جمعه للأدلة الرقمية وخصوصاً مع تعاظم دور التقنيات في جميع مناحي الحياة. إذ يكاد لايخلو تحقيق جنائي اليوم من عمليات جمع لأدلة رقمية ضمن الحواسيب أو الأجهزة النقالة أو وسائط التخزين. على الطرف الآخر تتعاظم النداءات التي تتحدث عن أهمية حماية الخصوصية والبيانات الشخصية للأفراد وكيف أن خصوصية الأفراد أصبحت عرضة للتداول نظراً لضعف القوانين الناظمة لحماية البيانات من جهة والتمادي في التعامل مع خصوصية الأفراد في معرض التحقيقات الجنائية أو الإجراءات الحكومية من جهة أخرى.

### أهمية البحث

من الأهمية بمكان أن يتم بحث الحدود التي تفصل مابين سلطة التحقيقات الجنائية وخصوصاً الرقمية منها على البيانات الرقمية للأشخاص ومابين حقوق الأفراد على بياناتهم الشخصية. لم تتطرق الأبحاث القانونية الحالية لجوهر المشكلة بقدر ماتم توصيف الإشكالية بشكل عام فقط، لذلك فإن وضع إطار قانوني مخصص للتعامل مع التحقيقات الجنائية الرقمية أو إفراد مواد قانونية مخصصة ضمن قوانين حماية البيانات الشخصية تفند أطار التعاطي مع البيانات الرقمية في معرض التحقيقات الجنائية الرقمية هو حاجة قانونية عملية ملحَة.

### إشكالية البحث

تستبيح التحقيقات الجنائية بياناتنا الرقمية بحجة البحث عن دليل يساعد في فك لغز الجرائم، هذا الأمر يستدعي وجود أطر قانونية تفند الحدود والشروط والحالات والمدى الذي يجب أن تتقيد به التحقيقات الجنائية في إطار بحثها عن الأدلة، كما أن قوانين حماية البيانات الشخصية الحالية لاتعتبر إطار قانوني بالشكل المرجو الذي يمكنه رسم خطوط عمل للتحقيقات الجنائية الرقمية بشكل لايتم التعدي على خصوصية الأفراد تحت ذريعة البحث عن أدلة.

### فرضية البحث

إن وضع معايير لرسم الحدود بين التحقيقات الجنائية الرقمية وخصوصية الأفراد من خلال إطار قانوني يتم بناء التشريعات الخاصة بهذا الخصوص على أساسه. هذا الإطار يضمن عدم جموح التحقيقات الجنائية وتعريض خصوصية الفرد ،والتي تمثل كرامة وحق الفرد، إلى خطر إساءة الاستعمال والإفشاء دون مسوغ قانوني وضوابط تشريعية واضحة.

### منهجية البحث

إن دراسة وتحليل التشريعات الحالية للوصول لأطر قانونية مناسبة تكون أساس لتشريعات مستقبلية يتطلب استعمال الإسلوب التحليلي كمنهج يقوم بفهم القواعد العامة والحالة التي وصل إليها الباحثون والانطلاق منها للوصول لنتائج جديدة. إن

استعمال المنهج الوصفي كمنهج ثانوي في البحث يفيد في رصد الواقع القانوني الحالي ومحاولة الوصول لحلول أكثر عمقاً تلبي فرضيات البحث.

**خطة البحث**

المبحث الأول: التحقيقات الجنائية الرقمية وقوانين حماية البيانات الشخصية

المبحث الثاني: الدلائل الجنائية الرقمية ضمن الخدمات السحابية

المبحث الثالث: التحقيقات الجنائية الرقمية واللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية GDPR

## المبحث الأول: التحقيقات الجنائية الرقمية وقوانين حماية البيانات الشخصية

### 1. تعريفات :

#### 1.1 التحقيق الجنائي الرقمي

التحقيق الجنائي الرقمي هوالعلم الذي يجمع ما بين القانون وعلوم الحاسب الآلي لجمع وتحليل البيانات من الأنظمة والشبكات والاتصالات اللاسلكية ووسائط التخزين بهدف جمع الأدلة بشكل يمكن اعتمادها كدليل مقبول في المحكمة وبشكل يساعد في الوصول لهدف التحقيق[1].

وتهدف التحقيقات الجنائية الرقمية لجمع الأدلة المستخلصة من خلال تحليل المعلومات الموجود على الأنظمة الحاسوبية بالطرق العلمية لاستخدامها كأدلة إثبات أمام المحاكم[2].

من الأمور التي تميز عمليات التحقيق الجنائي الرقمي هو أنه لايتطلب أن يكون هناك فاعل للجريمة. هذا نجده في حالات شائعة مثل مراقبة الالتزام بالقوانين والتعليمات الأمنية في منظمة معينة للتأكد من امتثالها لقواعد الأمن الرقمي، هنا يمكن أن يتم استعمال السجلات الرقمية في المخدمات الحاسوبية كدليل لإثبات الالتزام بهذه المعايير،كما يمكن للتحقيق الجنائي الرقمي أن يساعد من خلال فحص هذه الأنظمة في تبيان نقاط الضعف والخلل الأمني في هذه الأنظمة ليتم العمل على تأمينها[3].

[1]Computer Forensics. „US-CERT, a government organization. “ 2008. Visited (10.03.2019)https://www.us-cert.gov/sites/default/files/publications/forensics.pdf

[2]Stein, Stefan. *Computer Forensics.* ISBN: 3836489694. Germany: VDM Müller, 2008.

[3]Eckert, Claudia. *IT-Sicherheit.* 7. Germany: Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2012.

### 2.1 قوانين حماية البيانات الشخصية

هي القوانين التي تُعنى بحماية البيانات الشخصية للأفراد وخصوصيتهم بما يمنع استعمالها بشكل مباشر أو غير مباشر في غير الغرض الذي تم جمعها لأجله. بالطبع توجد في هذا المجال قوانين لها صفة الزامية مثل اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية والتي تتمتع بصفة الإلزام على كافة الحالات التي تطبق عليها وبين إرشادات ليس لها صفة الإلزام كما هو الحال في الإرشادات المتعلقة بحماية البيانات الشخصية EC/46/95والتي تم العمل بها حتى بدأ سريان اللائحة الأوروبية المشار إليها آنفاً[1]. على الطرف الآخر ماتزال التشريعات الخاصة بحماية البيانات الشخصية تقتصر في الكثير من الدول على ما تضمنته الدساتير من قواعد عامة تشمل حماية كل مايمس بضرر بالإنسان ولاتختص بحماية البيانات بشكل خاص إنما يتم العمل بها حسب القاعدة الشهيرة في القانون المدني: كل خطأ سبب ضرر للغير يلزمه التعويض.

## 2. المعلومات بين الخصوصية والتحقيقات الجنائية

### 2.1التعامل مع المعلومات حسب الخصوصية والضرورة الجنائية

تختلف درجات الخصوصية التي تتمتع بها المعلومات حسب نوعها وطبيعتها. تعتبر كل البيانات الشخصية، حسب الدراسات المتعلقة بالتحقيقات الجنائية الرقمية، بيانات خاصة وبالتالي بحاجة للحماية من خلال تشفيرها أو أي طريقة حماية أخرى، إن تصنيف البيانات إلى مجموعات يعتمد على عدة عوامل مثل درجة خصوصيتها وعلاقتها بالأشخاص، هذه المعلومات ذات الخصوصية تفقد خصوصيتها في معرض التحقيقات الجنائية والتي لايبقى لأصحابها الحق في الاعتراض على فقدانهم لخصوصيتهم إذا كان هذا الوصول إلى البيانات الشخصية قد تم في معرض التحقيقات الجنائية الرقمية والمتعلقة بحدث جرمي. هذا الأمر يفضي إلى تناقض مابين خصوصية الأفراد ومشروعية سير التحقيقات الجنائية، إلا أن هذا الأمر ليس مفتوحاً على مصراعيه حيث يحق لصاحب البيانات الاعتراض على انتهاك خصوصية بياناته في حال كانت البيانات ليست متعلقة بمجريات الجريمة وللمحقق الحق بالاعتراض في حال كانت وفقاً لمسار التحقيقات مهمة وتقوم شكوك حول صلتها بالجريمة[2].

هذا التصنيف يخضع لآليات معينة حيث يتم تقسيم البيانات أثناء التحقيقات إلى بيانات ذات خصوصية وبيانات لاتتمتع بالخصوصية، حيث تعتبر البيانات بداية كلها ذات خصوصية إلى أن يتم تصنيفها إلى بيانات خاصة وغير خاصة من قبل المحققين، وعندما يقرر المحقق أن البيانات غير خاصة فإنها لاتحتاج لأي إجراء مسبق لجمعها، هذا ينطبق على المعلومات المتوفرة للعموم مثل الكتب والأخبار، في نهاية التحقيق يقف المحقق أمام أربع أنواع من البيانات: بيانات غير خاصة وغير شخصية، بيانات غير خاصة ولكن شخصية، بيانات خاصة وغير شخصية وبيانات خاصة وشخصية.

---

[1] EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (20.04.2018) https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/legislation/history-general-data-protection-regulation_en

[2] Halboob, Waleed, Mahmod Ramlan , Nur IzuraUdzir, und Abdullah MohdTaufik . „Privacy Levels for Computer Forensics." Procedia Computer Science, 2015.

هذا التصنيف له تبعات على طرق التعامل مع هذه البيانات، ففي حالة كانت البيانات موضوع التحقيق الجنائي مصنفة على أنها غير شخصية (لاتخص أشخاص معينين) سواء كانت خاصة أو عامة فإنه ليس للمحقق هنا الحق في التعامل مع البيانات وجمعها من حيث المبدأ في حين يحق له جمع البيانات الشخصية الغير خاصة، أما إذا كانت البيانات شخصية وخاصة فإن للشخص موضوع هذه البيانات أن يسمح بجمع هذه البيانات والتعامل معها بشكل مباشر أو يقيد ذلك من أضافة شرط المحافظة على خصوصيتها.[1]

### 2.1 الخطوات الموصي بها في التحقيق الجنائي الرقمي

لا يمكن اعتبار التحقيق الجنائي الرقمي متماثل من حيث الخطوات مع مايتم اتباعه في معرض التحقيق الجنائي الرقمي نظراً لاختلاف طبيعة الأدلة. يُعنى التحقيق الجنائي الرقمي بالمعلومات والمواد الرقمية والتي توجد عادة في الأجهزة الذكيةبشكل الكتروني. هذا الأمر يستتبع انتهاج طرق معينة لحفظ هذه الأدلة والمعلومات من الضياع، هذا الأمر يتم بطرق ومنهجيات مختلفة تختلف حسب مايراه المحقق مناسباً. علمياً يوجد الكثير من المنهجيات والنظريات المتبعة في عمليات التحقيق الرقمي والتي تهدف بالمقام الأول لحفظ المعلومات الرقمية سهلة الضياع وتقديمها بصيغة مقبولة أمام المحاكم لتكون على مستوى من الثبات والموثوقية مما يجعلها ملائمة للاعتداد بها. إن طرق الإستقصاء لايمكن وضعها بشكل جامد ومسبق حيث تختلف الإجراءات المطلوبة حسب الحالة الجرمية ومعطيات القضية، إلا أن هناك مراحل عامة تتبعها تقريبا كل النظريات الخاصة بالتحقيقات الرقمية وهي:

- ✓ عملية حفظ الأدلة، وهذا يقودنا للتمييز ما بين نوعين رئيسيين من الأدلة، الساكنة والتي لايتغير فيها الدليل كالمعلومة المثبتة على قرص تخزيني متحرك USB, والأدلة المخزّنة على وسائل لحظية قد يُخشى ضياعها كمعلومات التي لم يتم حفظها بعد وإنما توجد على الذاكرة العشوائية لجهاز الكومبيوتر وتختفي بمجرد إطفائه. إن التمييز بين هذين النوعين مهم في هذه المرحلة لضرورة اتخاذ إجراءات فورية في حالة كون الدليل غير ساكن. كما أنه من المستحسن أخذ صورة من البيانات أو الأنظمة لتفادي تغييرها من قبل المستخدم لاحقاً حتى وإن كانت ثابتة.
- ✓ عملية تحليل المعطيات،يتم في هذه المرحلة تحليل البيانات الرقميةوالتي تحوم حولها شبهات بأنها قد تكون على صلة بالواقعة الجرمية أو من الممكن من خلالها فك لغز الجريمة. التحليل يتم يدويا في الحالات الغير معقدة ويمكن في حال كون البيانات ضخمة ومعقدة اللجوء لاستخدام برامج متخصصة في ذلك. عملية البحث والتحليل في هذا النوع من البرامج تجري وفقاً لمعايير ونظريات مختلفة تختلف حسب طبيعة البيانات والحالة الجنائية. إن استخدام البرامج المتخصصة بالتحقيق الجنائي الرقمي يعتبر ضرورة لابد منها نظراً لضخامة البيانات الرقمية التي عادة ماتكون موضع

[1] Halboob, Waleed, Mahmod Ramlan , Nur Izura Udzir, und Abdullah Mohd Taufik . „Privacy Levels for Computer Forensics.“ Procedia Computer Science, 2015, 37.3

البحث الجنائي وتأتي هذه البرامج الحاسوبية بنتائج سريعة لاغنى عنها خصوصاً في بعض الحالات التي تكون فيها البيانات ضخمة ومتشعبة[1].

- ✓ المرحلة الأخيرة تسمى العرض وهي مرحلة عرض الدليل أمام المحكمة ويجب أن يكون الدليل في حالة يمكن للمحكمة تقييمه والأخذ به حسب معطيات القضية. هذا العرض عادة يكون بشكل خطي في حال تم أخذ الدليل الرقمي وتقييمه لدى محكم أو خبير مختص ويكون هنا الدليل أمام المحكمة عبارة عن التقرير الصادر من الخبرة الجنائية حول ماهية الدليل والمراحل التي مرتلاستحصال هذا الدليل . هذا الأمر يستلزم استعمال برمجيات خاصة أيضا يعتبر Encaseأحد أشهرها ويتم الاعتماد عليه في عملية تحليل وعرض الأدلة[2].

### 2.2 الأحكام المتعلقة بالمعلومات الرقمية

بدأت المحاكم تدريجياً بالأخذ بالأدلة الرقمية كأدوات يمكن استعمالها كدليل ضمن المحاكمات وأعطتها صفة مماثلة في بعض الحالات للأدلة التقليدية من حيث القبول ومن ناحية الإثبات وتصل بعض الأدلة الرقمية التي تستحوذ على الشروط المطلوبة من قبل المحاكم لدرجات عالية من الحجية. حيث تنظم التشريعات الحديثة معايير معينة تسمح للدليل الرقمي ان يأخذ مكانه في القضايا إذا ماتوافرت فيه الصفات المطلوبة. فالشهادات الرقمية يمكنها التحقق من هوية المستخدم بشكل قاطع إلا في حالات نادرة وهذا يجعل المستندات الموثقة من خلال شهادات رقمية قابلة للاعتداد بها كأدلة رقمية موثوقة. لم تتردد التشريعات الأوروبية في اعتماد هذه الأدلة حيث نجد القانون الألماني في المادة 371 الفقرة الأولى يعتد بالمستندات الالكترونية التي تتوفر فيها الشروط المطلوبة كأدلة [3]. هذا الأمر يفتح الباب أمام مشروعية جمع الأدلة الرقمية وماله من تعارض مع الأحكام العامة لجمع الأدلة، إن قانون العقوبات الأردني ينص في مادته 356 على عدم جواز افضاء أسرار المخابرات التلفونية واعتبار الأدلة المستحصلة عن طريق فعل معاقب عليه باطل ولايمكن الاعتداد به، هذا الأمر لايمكن الأخذ به على إطلاقه حيث تباينت التشريعات الدولية ما بين متحفظ على مشروعية آلية جمع الدليل وبين من يأخذ بالدليل بالرغم من بطلان طريقة استحصاله [4].

---

[1]Wijesekera, Wang / Jajodia /. Preserving Privacy in On-Line Analytical Processing. 978-1-4419-4278-4. Springer, 2007.

[2]طويلة, جميل حسن .التحليل الجنائي الرقمي 2016 صفحة 55.

3Legality of evidence. 27,355 (decision the german federal court of justice, 1978).

[4]أحمد, هلالي عبد الله .*التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية*.القاهرة: دار النهضة العربية, 1997صفحة 52

تعود محكمة الولايات العليا الألمانية للحكم بمشروعية أحد الأدلة المقدمة بالرغم من كون مصدر الحصول عليها مخالف للقانون ولكن الموازنة مابين المخالفة في الحصول على الدليل والنتيجة التي يمكن أن يفضي إليها الاعتداد بالدليل رجحت الأخير ولذلك تم الاعتداد بالدليل في الحكم لما فيه من مصلحة للعدالة[1].

## المبحث الثاني: الدلائل الجنائية الرقمية ضمن المخدمات السحابية

### 1. الأدلة الجنائية الرقمية في مخدمات الحوسبة السحابية Cloud

يمكن للدليل الرقمي أن يتواجد في حواسيب محلية أو أدوات تخزينية في متناول اليد ولكن يمكن كذلك أن يتواجد ضمن الحواسيب السحابية والتي بالطبع تختلف من حيث طبيعتها عن التخزين المحلي إن صح التعبير، حيث يمكن للدليل التابع لأحد القضايا في دولة ما أن يكون مخزناً ضمن مخدمات التخزين السحابي في دولة أخرى دون إعلام صاحب المعلومة عن مكان التخزين، بالإضافة إلى تعقيدات أخرى من حيث الاتفاقيات الخاصة بمزودي هذه الخدمة وقواعد حماية البيانات الخاصة بكل مزود.

### 2. مصادر الأدلة الجنائية في المخدمات السحابية

من حيث المبدأ يمكن الحصول على الدليل الرقمي المخزن في المخدمات السحابية من خلال ثلاث مصادر: المستخدم، الوسيط الذي يبيع الخدمة أو من المزود. من الشائع الحصول على الدليل الرقمي المخزن في المخدمات السحابية من خلال التخزين الاحتياطي للمعلومة والذي يقوم به المزود بشكل تلقائي ودوري، هذا لايمنع استعمال التخزين المباشر للمعلومة والتي يتم نقلها مباشرة من الذاكرة الحية للمخدم إلى قرص خارجي، هنا لابد للمحقق الجنائي الاختيار مابين المصادر الثلاثة المذكورة آنفاً (المستخدم – الوسيط – المزود). هذا الأمر يتم مراعاة الأمور القانونية فيه حيث يمكن أن يشكل الحصول على الدليل من المزود مباشرة في بعض الحالات خرقاً لخصوصية المستخدم. هنا على المحقق توخي الحذر بهذا الشأن.

1- الوصول عن طريق مزود خدمة التخزين السحابي: يمكن لمزود الخدمة الوصول للمعلومة من خلال تجميع مكونات الدليل من أماكن تخزينه المتعددة لاستخراجها على قرص خارجي أو بشكل يصلح لتقديمه للمحكمة. من ميزات هذه العملية أنها تعطي الإمكانية لجمع الدليل وهي قيد العمل من خلال خاصية Snapshot والتي تحفظ المعلومة ليس فقط بحالتها المخزنة على القرص وإنما بحالتها الفعلية أثناء العمل عليها. هذا يعطي إمكانية أكبر للمحققين من خلال الحصول على المعلومة بحالتها الفعلية والمحدثة[2]. هنا لمزود الخدمة طلب الاطلاع على سبب الحصول على

1- [1]*Legality of evidence.* 27,355 (decision the german federal court of justice, 1978).

[2]Heinson, Dennis. *IT-Forensik.* 978-3-16-153701-1. Germany: Mohr Siebeck, 2015.

الدليل وفيما إذا كانت هناك شكوك كافية حول صلة الدليل الالكتروني المخزن لديه بالواقعة الجرمية ويمكنه الدفع بعدم القبول في حال لم تكون هناك ضرورة ملحة يقدرها عادة القضاء تستدعي اختراق خصوصية المعلومة الالكترونية واعطاءها لجهة التحقيق الجنائي الرقمي [1] .

2- الوصول من خلال وسيط الخدمة (المؤجر): هنا ليس للوسيط القدرة على الوصول الكامل للمعلومات مثلما هو الحال بالنسبة لمزود الخدمة حيث تخضع إمكانية الوصول الخاصة بالوسطاء أو مؤجري الخدمة لضوابط وحدود معينة لايمكن الوصول إلى كافة المعلومات في المخدمات السحابية التي يعملون معها. اما بالنسبة لطرق حفظ الدليل الرقمي فيمكن أن يكون من خلال الحفظ المباشر أثناء العمل على المعلومة أو من خلال استخلاص الدليل من النسخة الاحتياطية التي يقوم مؤجر الخدمة بحفظها بشكل دوري.

3- الوصول من خلال المستخدم: يعتبر وصول المستخدم للأدلة والمعلومات على مخدمات الحوسبة السحابية الأكثر محدودية حيث لديه الحق بالوصول لمعلومات معينة له الحق حسب الصلاحيات الخاصة بهذه المعلومات والأكثر من ذلك فإن وصوله يقتصر على المعلومة بحال السكون وليس كما هو الحال لدى مزود الخدمة حيث لمزود الخدمة القدرة على الوصول للمعلومة بكافة حالاتها

وليس فقط بحالتها الساكنة من خلال النسخة الاحتياطية Snapshot والذي يعطي الامكانية بالحصول على المعلومة حسب الحاجة من حيث الوقت والحالة

### 3. الاختصاص المكاني في المخدمات السحابية

تنطبق القواعد الخاصة بالتحقيقات الجنائية الرقمية على المعلومات المخزنة في المخدمات السحابية ولكن المعلومات الموجودة ضمنها لايمكن تحديد موقعها الجغرافي ليُصار إلى تحديد الجهة القضائية المسؤولة عن ملاحقة الجريمة أو جمع الأدلة حسب اختصاصها المكاني. بعض القوانين المحلية تعتبر مقر مزود الخدمة السحابية الرئيسي هو الذي يحدد الاختصاص المكاني. هذا الأمر طبعا لايمكن الاعتماد عليه في حال كان مخدم الحوسبة السحابية هو مخدم عالمي وبالتالي لايوجد مقر رئيسي واحد بل في كل دولة.

هنا يتم تقديم طلب لمزود الخدمة لتزويد المحققين أو المحكمة الناظرة بالقضية بمكان تخزين البيانات المطلوبة ليصار إلى تحديد الاختصاص المكاني بشأنها [2].

[1] Hoeren, Thomas. „Zu derartigen Prüfpflichten." MultiMedia und Recht Magazine, 185 (2013).

[2] Gercke, CR 2010, 345 Obenhaus, NJW 2010, 651.

## المبحث الثالث: التحقيقات الجنائية الرقمية واللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية GDPR

### 1. التحقيق الجنائي الرقمي وقوانين حماية البيانات

#### 1.1اللائحة الأوروبية والاستثناءات الخاصة بالمعلومات الجرمية

إن حماية البيانات الشخصية أصبحت الشغل الشاغل للقوانين والتشريعات الحالية تزامناً مع انتشار البيانات الشخصية وتناقلها عبر الأجهزة الالكترونية وتخزينها في المخدمات السحابية، هذا الأمر حذا بالمشرعين وخصوصاً في السنوات الخمس الأخيرة بالإسراع بإصدار تشريعات مخصصة لضمان حماية البيانات الشخصية للافراد، هذا الأمر يظهر جلياً في منطقة الخليج العربي حيث صدر القانون 13 في قطر والمتعلق بحماية البيانات الشخصية، وكذلك قانون حماية تبادل البيانات في إمارة دبي بهدف تمكين الإمارة من تحقيق رؤيتها وإدارة بيانات دبي وفق منهجية واضحة ومحددة[1].

كما صدر القانونالرقم 30 في البحرين والخاص بحماية البيانات الشخصية وتعتزم باقي دول المنطقة على سن مشاريع لمثل هذه القوانين قريبا. هذا بالنسبة للمنطقة العربية فيما شهدت سنة 2018 اصدار اللائحة الأوربية لحماية البيانات الشخصية والتي شهدت أكبر تغيير في مجال حماية البيانات الشخصية في أوروبا منذ 20 سنة والتي تحمي بيانات قاطني دول الاتحاد الأوروبي داخل وخارج حدود بلادهم.

هذا الأمر يسترعي الانتباه لنقطة مهمة وهي كيف يمكن للتحقيقات الجنائية الرقمية العمل في ظل هذه القوانين التي تحمي خصوصية الأفراد بشكل صارم؟

تم ملاحظة هذا الأمر من خلال إضافة استثناءات في صلب هذه التشريعات تُخرج التحقيقات الجنائية من حظر التعاطي مع البيانات الشخصية مادام هذا التعاطي والمعالجة تنضوي تحت الإجراءات الجنائية وفي صلب التحقيقات وتقدم ضمانات لأصحاب هذه البيانات بعدم معالجة بياناتهم خارج إطار هذه التحقيقات او لأغراض أخرى.

حيث تنص المادة العاشرة من اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية GDPRعلى السماح بمعالجة البيانات الشخصية المتعلقة بإدانات جرمية أو الجرائم أو التدابير الأمنية ذات الصلة ولكن فقط بمعالجتها تحت رقابة السلطات الحكومية أو على النحو المنصوص عليه في قانون الاتحاد أو قانون أحد الدول الأعضاء الذي ينص على ضمانات كافية للحقوق والحريات الخاصة بالأشخاص المعنيين. لا يجوز إبقاء السجل الكامل للإدانات الجرمية إلا تحت إشراف السلطات الرسمية[2]. كذلك فإن شرط تقييد كل مراقب او مفوض عنه أن يحتفظ بسجل لجميع نشطات المعالجة المسؤول عنها تم استثناءه في المادة ثلاثون من اللائحة. ذلك ضمن عدة استثناءات تخول الجهات المختصة الوصول للبيانات الشخصية دون الالتزام باجراءات الخصوصية وذلك تبعاً لضرورة سير العدالة وتلاصق البيانات الشخصية في بعض الأحوال باجراءات التحقيق الجنائي الرقمي.

[1] رضوان اسخيطة, إضاءة على اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية, دار نور للنشر, 2018.
[2] اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية GDPR (16.01.2019), https://gdpr-info.eu/art-6-gdpr/.

من الاستثناءات المهمة والتي يجب التعامل معها بحذر هي ماورد في المادة 9 الفقرة 2 F حيث استثنت حظر التعامل مع البيانات الحساسة، والتي تفسرها اللائحة بأنها البيانات التي تتضمن معلومات عن الأفراد كالحالة الصحية أو الميول الجنسي ومالِى ذلك، في حال كانت هذه البياناتضرورية في معرض ممارسة أو الدفاع عن الدعاوى القانونية أو إجراءات المحاكم في إطار نشاطها القضائي[1].

## 2. تداخل التحقيق الجنائي الرقمي مع البيانات الشخصية

في ظل التطور الرقمي الهائل وتوافر الأجهزة المحمولة والالكترونية على الكثير من البيانات الشخصية في مكان واحد أصبح خطر وصول التحقيقات الجنائية الرقمية لكم كبير من البيانات الشخصية في ظل البحث والتحقيق الجنائي كبير جداً مما يفتح الباب أمام وصول المحقق الجنائي لبيانات قد لاتكون مطلوبة في التحقيق إنما تتواجد على نفس الحافظة الالكترونية مع بيانات أخرى متعلقة بالتحقيق.

لهذا السبب حرصت التشريعات على وضع ضوابط لعمليات التحقيق الجنائي الرقمي للحفاظ ماأمكن على خصوصية الأفراد. وفقاً للباحث Kerr فإن المحقق عليه أن يتقيد بالتعديلات الأربع الواردة بالدستور الأميركي والمتعلقة بالحفاظ على الخصوصية وإن كانت هذه المبادئ تتعلق بالأصل بالتحقيقات الفيزيائية وليس الرقمية [2]. هذا يقود للقول بان المحقق لابد من أن يتوخى الحذر بشأن خصوصية الأفراد وأن لايشمل بتحقيقاته إلا المواد الرقمية التي توحي الظروف المحيطة بعلاقتها بالتحقيق. من التوصيات بهذا الشأن هو اعتماد التشفير بشأن البيانات المستحصل عليها في التحقيقات ضماناً لمنع سوء استعمالها او ضياعها، هذا الشرط ورد بشكل مباشر بالنسبة لمعالجي البيانات الشخصية ويمكن تأويله بالنسبة لمعالجة البيانات في غضون التحقيقات الجنائية حيث نصت المادة 32 ضمن غيرها من المواد على الزامية اتباع كل معالج للبيانات لقواعد الأمان والسرية بشكل يضمن معالجة سليمة للبيانات دون تعريضها لخطر الضياع أو إساءة الاستعمال. هذا يتم من خلال أدوات متعددة وورد التشفير كأحدها حيث فسرت القواعد القانونية اللاحقة الأدوات المقصودة في هذه المادة بالتشفير كأحد أهم وسائل ضمان معالجة آمنة للبيانات، هذا الأمر ورد كإلزام لمعالج البيانات بمعناه المطلق إلا أنه هنا يسري على المحقق الجنائي الرقمي والذي يجمع البيانات ويعالجها عن طريق التحليل أو النقل وهذا حسب المادة الرابعة من اللائحة في فقرتها الثانية، كما أن الحذف بعد الفروغ منها يمكن أيضاً يندرج تحت مستلزمات التحقيق الجنائي الرقمي، وإن كان الحذف لايعتبر كافياً بحد ذاته نظراً لإمكانية الاسترجاع مما يوجب اتباع الحذف وفقاً لمعايير معينة تحيل عملية الاسترجاع إلى عملية مستحيلة [3]

---

[1] رضوان اسخيطة, إضاءة على اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية, دار نور للنشر, 2018

[2] Orin S. Kerr, (2006) Searches and Seizures ina Digital World. Harvard LawReview, Vol. 119, GWU Law School Public Law Research Paper No.135.

[3] Casey, Eoghan. Digital Evidence and Computer Crime. USA: Academic Press , 2004.

### 3. حماية البيانات الرقمية المتناقلة عبر الدول

تختلف المادة الجرمية في التحقيقات الجنائية الرقمية عنها في التقليدية، حيث ان المعلومات يتم تناقلها بسرعة هائلة بين البلدان المختلفة وبالتالي تخضع حسب المكان الذي تم جمعها به إلى القوانين التي تتبع لها حسب الاختصاص المكاني مما يجعل عمليات جمع الأدلة الرقمية أكثر حساسية منها في حالة الأدلة المادية الملموسة. إن اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية GDPR تتطرق لهذه القضية من خلال المادة 27 الفقرة 2 أ حيث استثنت من عدم جواز نقل البيانات لدول لاتتوفر فيها مستويات كافية من قوانينحماية البيانات، البيانات المتعلقة بتحقيق جنائي رقمي بشرط ضمانات خاصة بهذا الخصوص لمنع إساءة استعمالها. وهذا الأمر لم يتم تشريعه على إطلاقه بل إنه يُقيد استعمال هذه البيانات حصراً لأغراض التحقيق الجنائي [1].

## النتائج :

يخلص البحث إلى أن التحقيقات الجنائية الرقمية في توسع مستمر نتيجة لثورة المعلومات وستستحوذ على حصة كبيرة من عمليات التحقيق الجنائي نظراً لاتجاه سلوكيات الأشخاص للتعامل مع البيانات الرقمية في كل مناحي الحياة، لذلك لابد من ابتاع سبل وطرائق مختلفة في عمليات جمع المعلومات والتعامل مع البيانات لاسيما البيانات الشخصية التي أصبحت عرضة أكثر للاختراق والتداول الذي قد يكون غير مسؤول ويستلزم مراعاة الخصوصية والقوانين الناظمة. هذه التحقيقات من المفيد لها أن تتبع سياسة التفريق بين ماهو شخصي وماهو عام وبناء عليه أن تفرق ما بين البيانات في طريقة الجمع والحفظ والمعالجة. إن هذه الطرق تهدف بالنهاية لتفادي جمع بيانات شخصية قد لاتمس للجرم بصلة وبالتالي تجعل من التحقيق الجنائي عرضة لخرق القوانين الخاصة بخصوصية الأفراد لذلك لابد من التقيد بطرق جمع تميز مابين أنواع البيانات وتعامل كل حسب مقتضيات سير التحقيقات مع المراعاة الشديدة لضرورة حفظ حقوق الأفراد على بياناتهم الشخصية. إن عملية جمع الأدلة الرقمية لابد أن تتبع أساليب علمية تجعل من المعلومات التي تم جمعها قابلة للعرض أمام المحاكم كدليل له حجية وليست فقط مجرد معلومات لايمكن إثبات حجيتها. إن تعاظم دور قوانين حماية البيانات الشخصية في المجتمعات في الخمس سنوات الأخيرة جعل من المحتم وضع ضوابط تمنع تعدي التحقيقات الجنائية الرقمية على خصوصية الأفراد بدون مبرر، هذا الأمر يجب أن يتبعه تطوير آليات تستطيع ضبط هذه التحقيقات من خلال إطار عمل محدد يمنع أي تجاوزات بحجة جمع معلومات رقمية جنائية، هذا الأمر لايزال طور البحث والتطوير ويحتاج إلى تكاثف الأبحاث لوضع آليات محددة قانوناً.

من الضروري اتباع قواعد ناظمة للأدلة الجنائية المتواجدة في المخدمات السحابية حيث الوصول إليها يختلف باختلاف المصدر وبالتالي لابد من التقيد بالمصدر المناسب للوصول وعدم التوسع بدون مبرر في جمع هذه البيانات، ناهيك عن أن خطورة

[1] GDPR Art. 24, European Commission, 2018.

التعدي على خصوصية الأفراد أكبر في البيانات السحابية ويزيد على ذلك التوسع الحاصل في استخدام المخدمات السحابية في التخزين بشكل مطرد.

على الجهة الأخرى تعتبر اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية قفزة في مجال حماية بيانات مواطني دول الاتحاد الأوروبي حيث تطرقت هذه اللائحة لوضع استثناءات مقيدة بقدرها متعلقة بمعالجة بيانات تتعلق بجرم جنائي أو ملاحقة قضائية، هذه الاستثناءات تحتاج لتفسير وتطوير لتكون قابلة للتطبيق ضمن القوانين المعمول بها محلياً في هذه الدول وكذلك عند التعاطي مع بيانات مواطني الاتحاد الأوروبي خارج حدود الاتحاد، لاسيما عندما يتم التعاطي مع بيانات حساسة[1].

إن البحث يشدد على أهمية العمل المشترك لوجود أطر ومحددات قانونية لعمليات جمع الأدلة الرقمية ويرى في جمع الأدلة الجنائية من المخدمات السحابية خطورة أكبر على خصوصية الأفراد. إن التشفير يعتبر آلية لاغنى عنها في سياق عمل المحققين لضمان أمن وسلامة معالجة البيانات التي تم جمعها. إن اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية هي قفزة كبيرة نحو الامام في حماية خصوصية الأفراد ولكن البحث يوصي بتطوير تشريعات اللائحة لتأمين التناغم في العمل مع التحقيقات الجنائية بما يكفل حسن سير التحقيقات من جهة وحماية الخصوصية من جهة أخرى فاللائحة ماتزال تفتقد لإطار عمل متكامل مع المعلومات الجنائية الرقمية وتحتاج للمزيد من الأبحاث والتطوير اللاحق.

# المراجع

**المراجع باللغة العربية:**

**أ-الكتب**

1- أحمد, هلالي عبد الله. *التزام الشاهد بالإعلام في الجرائم المعلوماتية*.القاهرة: دار النهضة العربية, 1997.

2- اسخيطة, رضوان. *إضاءة على اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية*. 978-620-2-35139-3 . Latvia : Noor-Publishing, 2018.

3- طويلة, جميل حسن. *التحليل الجنائي الرقمي*.2016 .

**ب-المقالات والمراجعاتوالمواقع**

1- اسخيطة, رضوان„ .مراجعة لكتاب التحقيق الجنائي الرقمي مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة- ." In *IT-Forensic*, von Dennis Heinson. Hamburg: Mohr Siebeck, 2014.

2- اللائحة الأوروبية لحماية البيانات الشخصية GDPR EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (20.04.2018)https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/legislation/history-general-data-protection-regulation_en

**المراجع باللغات الأجنبية:**

1- Computer Forensics. „US-CERT, a government organization." 2008.

2- Casey, Eoghan. *Digital Evidence and Computer Crime*. USA: Academic Press , 2004.

3- Eckert, Claudia. *IT-Sicherheit*. 7. Germany: Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2012.

4- Giannelli, Paul C. *The 2009 NAS Forensic Science Report*. Case Western Reserve University, 2012, 17.

5- Halboob, Waleed, Mahmod Ramlan , Nur Izura Udzir, und Abdullah Mohd Taufik . „Privacy Levels for Computer Forensics.“ *Procedia Computer Science*, 2015.

6- Heinson, Dennis. *IT-Forensik.* 978-3-16-153701-1. Germany: Mohr Siebeck, 2015.

7- Hoeren, Thomas. „Zu derartigen Prüfpflichten.“ *MultiMedia und Recht* 185 (2013).

8- Gercke, CR 2010, 345 Obenhaus, NJW 2010, 651 (651)

9- Kerr, Orin S. *SEARCHES AND SEIZURES IN A DIGITAL WORLD.* Herausgeber: 119 HARVARD LAW REVIEW. 2006.

10- *Legality of evidence.* 27,355 (decision the federal court of justice, 1978).

11- Sander, RA Stefan. *E-Mails im Zivilprozess.* Herbstakademie, 2013.

12- Schroth, Ulrich. „Der Gang der Hauptverhandlung.“ In *Beweisverwertungsverbote* . Germany: Herdegen, 1998.

13- Stein, Stefan. *Computer Forensics.* ISBN: 3836489694. Germany: VDM Müller, 2008.

14-Wijesekera, Wang / Jajodia /. *Preserving Privacy in On-Line Analytical Processing.*978-1-4419-4278-4. Springer, 2007

# الحق في التجمع العائلي دراسة في بعض القوانين الأوروبية

# Right to family gathering study in some European laws

**د.بن قو أمال**

**أستاذة بكلية الحقوق بجامعة مستغانم الجزائر**

**الملخص: الملخص**

إن الرعايا الأجانب يتمتعون بقالب دولي يرسم لهم الحماية الدولية ولأفراد أسرتهم ،لكن يبقون دائما ناقصين للحقوق نتيجة للموقف السلبي للدول المستوردة لليد العاملة، خصوصا اتجاه كفالة حقوق الإنسان لهم، وأهمها الحق في التجمع العائلي، وهو حال فرنسا التي تتذرع بأن وجود الاتفاقيات الفرنكو مغاربية يشكل عائقا لدرجات متفاوتة، لكي نطبق على هذه الدول مجموع أحكام القانون الفرنسي فيما يخص التجمع العائلي.

والحقيقة أن هذه الاتفاقيات الفرنكو مغاربية في اغلب الأحوال، لا تحافظ على خصوصياتها ولا ترسم للرعايا المغاربة مكانتهم في فرنسا وفقا لنصوص صريحة، إيجابية، دقيقة ومضبوطة، تتفادى الفراغ القانوني، مما يجعلهم في اغلب الأحكام يخضعون للنظام القانوني العام، هذا النظام الذي وضع شروط تعيق الوصول إلى هذا الحق الذي بات حقا احتمالي ومكتسب، احتمالي بالنسبة الرعايا المغاربة، خصوصا عند فرض مجموعة من القيود التي تتنافى مع مبدأ المساواة وتعزيز سلسلة من الشروط الصعبة التي حقيقة هي تعجيزية، وحق مكتسب بالنسبة لرعايا الدول الأوروبية والدول المشابهة.

**الكلمات المفتاحية :** جمع شمل الأسرة –حقوق الإنسان – الاتفاقيات الفرنكو مغاربية –الدولة المستقبلة–الاتحاد الأوروبي – النظام القانوني العام.

**Abstract** :

Foreign nationals have an international template for international protection and for their family members, but they are always deficient in rights as a result of the negative attitude of labor-importing countries, especially in the direction of ensuring their human rights, the most important of which is the right to family gathering . Is an obstacle to varying degrees, so that we apply to these States the total provisions of French law concerning family gathering

In most cases, these Franco-Maghreb agreements do not preserve their privacy and do not portray the wav of the Maghreb in France according to explicit, positive, precise and precise provisions that avoid the legal vacuum, which makes them in most cases subject to the general legal system. To reach this right, which has become a possibility and a possibility, for the wav of the Maghreb , especially when imposing a set of restrictions that are contrary to the principle of equality and to promote a series of difficult conditions that are really impossible, and acquired rights for nationals of European countries and similar countries.

**Keywords**: Family gathering - Human rights - Franco-Maghreb Agreement - The receiving country s- EU - General legal system.

## المقدمة :

إن الحق في التجمع العائلي، هو حق من الحقوق الأساسية[1] التي تكفله الصكوك القانونية الدولية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان (المادة16) والإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (المادة8)، وهذا الحق يعني جمع شمل الأسرة عندما يكون أحد أفرادها يريد أن ينظم إلى أسرته التي تقيم بطريقة قانونية في بلد أخر لتحقيق ما يسمى بإعادة التجميع.

إن هذا الحق إضافة إلى كونه حضي بإهتمام دولي، حظي أيضا بإهتمام أوروبي ،حيث أن فرنسا باعتبارها دولة عضو في الإتحاد الأوروبي ،فانه من المنطقي أن يوازي تفكيرها ،التفكير الأوروبي لتنظيم هذا الحق ،فقبول الدول الأعضاء عائلة أجنبي مقيم في هده البلدان ،بدأ مع التوجيهة الأوروبية لديسمبر عام 1999، التي جاءت على اثر معاهدة أمسترلادام عام 1997 ، حيث قررت وضع معايير مشتركة تطبق في ميدان التجمع العائلي، إيمانا منها بان الهجرة العائلية هي الطريقة الوحيدة للهجرة القانونية في أوروبا ،و أوضحت رغبتها و إستعدادها لوضع نهج مشترك لتحقيق التكامل في المجتمعات الأوروبية مع رعايا بلدان العالم الثالث الذين يقيمون بشكل قانوني في الإتحاد ،وذلك عن طريق فتح حقوق أقرب ما يمكن من تلك التي يتمتع بها رعايا الإتحاد الأوروبي ،كما أن العديد من الإتفاقيات الثنائية للمجلس الأوروبي مثل الميثاق الاجتماعي الاوروبي[2] 1961 و الميثاق الاجتماعي الأوروبي المنقح1996 و الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل للأمم المتحدة 1989 ،تشجع الدول على تقرير الحق في لم شمل الأسرة.

إن المشرع الفرنسي عرف هذا الحق بكونه إجراء يسمح للرعية الأجنبي بالإقامة بطريقة نظامية في فرنسا و الإنضمام إليها ،ولكن هذا الإنظمام يبقى مرهون بتحقق شروط معينة في أعضاء العائلة المقربة أو المباشرة (الزوج، الأطفال القصر) لكي يؤدي إلى حياة طبيعية على الأراضي الفرنسية ،فماهي هذه الشروط؟، وهل تختلف شروط التجمع العائلي بالنسبة للراعي المغاربي المقيم في فرنسا عن ما هو محدد في النظام القانوني العام؟ أو مع دول الرابطة الأوروبية أو الأجانب المستفيدين من نظام تأشيرة طويلة المدى CE؟، ومن خلال هذه التساؤلات تتبلور لنا الإشكالية الرئيسية التالية :

**ما هي الشروط المطلوبة للتمتع بالحق في التجمع العائلي ؟و هل هذه الشروط تتعارض مع حقوق الإنسان الأساسية المكرسة بموجب مختلف المواثيق الدولية و الأوروبية ؟و ما تبرير فرنسا لذلك؟**،هذا ما سنتعرف عليه بالتطرق لدراسة مجموع الشروط المطلوبة في الرعايا المغـاربة المقيـــمين في فرنـــــسا (مقـــدمي الطـــلب للاستفادة من الحق في التجمع العائلي) في الشق الأول ،أما في الشق الثاني فسنتعرض الشروط المطلوبة في أعضاء عائلة الرعايا المغاربة المقيمين في فرنسا(المستفيدة من التجمع العائلي) من خلال مايلي :

[1] سيد أبو الخير ، نصوص المواثيق والإعلانات والاتفاقيات لحقوق الإنسان، إتراك للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى،2005 ،ص20.

[2] محمد شريف البسيوني، المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان ، الطبعة الأولى ،دار الشروق ،القاهرة،2003،ص251

## أولا:الشـــــروط المطلـــوبة في الرعايا المغـــاربة المقيـــــمين في فرنـــــــسا (مقـــدمي الطـــلب):

بالرجوع إلى النظام القانوني العام في فرنسا ،نجد أن الشروط وفقا[1] لقانون ceseda ، هي تقريبا مماثلة للأحكام التي تنظم الشروط المطلوبة في الرعايا المغاربة المقيمين في فرنسا الذين يريدون أن تستفيد عائلاتهم من الحق في التجمع العائلي، وهذه الشروط تشمل مختلف الأحكام المتعلقة بالإقامة القانونية ومدتها، و الإستعداد لتقديم سكن قبل وصول عائلاتهم وتقديم موارد كافية ومستقرة ، وكذا الإنصياع لقوانين الجمهورية وقيم الحياة العائلية في فرنسا ،وهذ ا ما يظهر من خلال مايلي :

### 1/: الشروط المتعلقة بمدة الإقامة و الإنصياع لقوانين الجمهورية وقيم الحياة العائلية:

بصفة عامة الأجنبي المقيم في فرنسا والذي يرغب في ضم عائلته إليه، يجب أن يكون مقيم إقامة قانونية في فرنسا لمدة لا تقل عن 18 شهرا في إطار إما[2]وثيقة من الوثائق المؤقتة أو في إطار سند بالإقامة، و لذلك يجب أن يكون وقت إيداع طلبه متحصل إما على :

-بطاقة إقامة مؤقتة صالحة لمدة على أقل 12 شهر (تحمل إشارة أجير، طالب، حياة خاصة، عائلية .... إلخ).

-بطاقة إقامة.

-بطاقة إقامة تحمل إشارة (مقيم على المدى الطويل CE ) أو وصل تجديد هذه السندات، وهنا بالرجوع إلى:

**أ/-الرعايا الجزائريين :**

نجد أن المادة الرابعة من الإتفاق الفرنكو جزائري[3]والباب الثاني من البروتوكول الملحق، ينظم شروط قبول طلبات التجمع العائلي، وهذه الشروط فيما يخص مدة الإقامة هي مماثلة لما ينص عليه النظام القانوني العام ،وبالتالي يشترط أن يكون الرعية الجزائري متحصل إما على شهادة إقامة مؤقتة لمدة سنة على الأقل أو شهادة إقامة أو وصل طلب تجديد هذه السندات، وهذا ما تؤكده بدقة المادة 4 من الإتفاق التي تحيلنا إلى المادة7 الفقرة (د) ل1994/9/28 من الإتفاق الفرنكو جزائري بالنسبة لشهادة الإقامة المؤقتة والمادة 7 مكرر الفقرة (د) من نفس الملحق بالنسبة لشهادة الإقامة لمدة (10 سنوات).

[1] GROUPE DINFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS, le guide de l'entrés et du séjour des étrangers en France, Nouvelle édition, paris, France, 2008,page242

[2] Bureau du droit du séjour ,du droit d'asile et des questions migratoires , droit des séjour en France des étrangers relavant de régime juridique spécieux, paris 2005.page53.

[3]الإتفاق الفرنكو جزائري ل1968/12/27 المعدل بالملحق الأول ل1985/12/22 والملحق الثاني ل1994/09/28 والملحق الثالث ل2001/07/11، والذي دخل حيز التنفيذ في 2003/1/1.ج ر العدد69 لعام 2001.

**ب/-الرعايا التونسيين :**

هنا بالرجوع إلى المواد 5، 7، 7 مكرر و10/الفقرة (أ) من الإتفاقية[1]،نجد أنها كلها تتكلم عن قواعد التجمع العائلي، وبالنسبة للمدة المشروطة في مقدم الطلب فهي مماثلة لما هو محدد في النظام القانوني العام وهذا ما تؤكده المادتين 5 و7 من الملحق الثاني للإتفاق الفرنكو تونسي لعام 2000/9/8 ،هذا الملحق الذي عدل بموجب المادة الثانية لبروتوكول اتفاق كارد 2008 والذي يحيلنا إلى المواد 1و 2 و 3 و4 من نفس الإتفاق ،والذي يشترط إما بطاقة إقامة مؤقتة لمدة لا تقل عن سنة أو بطاقة إقامة.

**ج/-بالنسبة للمغرب :**

مدة الإقامة هي أيضا مماثلة للنظام القانوني العام ،وهذا ما تؤكده المادة 5 و6 من الإتفاق الفرنكو مغربي[2]ل 1987/10/9 8الذي يحيلنا إلى المادتين 3 و4 بالنسبة لبطاقة الإقامة المؤقتة لمدة سنة والمادتين (1) و(2) بالنسبة لبطاقة الإقامة لمدة 10 سنوات.

أما بالنسبة للإنصياع لقوانين الجمهورية وقيم الحياة العائلية، نجد أنه في ظل النظام القانوني العام، التجمع العائلي يمكن رفضه بالنسبة لمقدم الطلب إذا لم ينصاع للمبادئ الأساسية التي لا تتطابق مع قوانين الجمهورية وقيم الحياة العائلية[3]في فرنسا وهذا حسب رأي المجلس الدستوري الذي يرى ،أن هذا الإجراء هو مستخرج خصوصا من مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وإحترام حرية الزواج والسلامة الجسدية[4]للأطفال ودراستهم ويكون وفقا للمادة (L331-9) من قانون ceseda (عقد عائلي مبني على التكامل الجمهوري)، أما بالرجوع إلى :

**الرعايا الجزائريين :**

المواد التي تنظم الحق في التجمع العائلي (المادة 4 من الإتفاق الفرنكو جزائري)، نجد أنها لم تتطرق إلى شرط الإنصياع إلى قوانين الجمهورية (التكامل الجمهوري) ، وبالتالي لا يطبق هذا الشرط على الرعايا الجزائريين،وان كان من الناحية الواقعية الأمر يختلف .

[1] الإتفاق الفرنكو تونسي ل1988/03/17 المعدل بالملحق الأول ل 1991/12/19 والملحق الثاني ل2000/09/18،وبالمادة الثانية لبروتوكول اتفاق كارد ل 2008/4/28 المعدل للاتفاق الفر نكو تونسي

[2] الإتفاق الفرنكو مغربي ل1987/10/9،والذي دخل حيز التنفيذ في 1994/1/1

[3] GROUPE DINFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS, op , cite ,page263.

[4] Service publique ,étrangers en France , Regroupement familial,arrivé en France des membre famille , documentation français ,2008 , page65

**الرعايا التونسيين:** المواد التي تنظم الحق في التجمع العائلي الواردة في الإتفاق الفرنكو تونسي (المادة 5، 7، 7 مكرر، 1/10) لم تنص أيضا على شرط التكامل الجمهوري وبالتالي لا تطبق على الرعايا التونسيين،ولكن المادة 3 مكرر المستحدثة بموجب التعديل الأخير لهذه الاتفاقية تطرقت إلى هذا الشرط ،و بالتالي فهو يطبق على الرعايا التونسيين .

**الرعايا المغربيين:**

هنا نجد أن الأمر يختلف فيما إذا كان مقدم الطلب متحصل على سند بالإقامة يحمل إشارة[1]أجير أو لا، فإذا كان متحصل على سند بالإقامة يحمل إشارة "أجير "،فإن شرط التكامل الجمهوري هو غير وارد كشرط، وهذا ما تؤكده المادة3 من الإتفاق الفرنكو مغربي التي تكلمت عن بقية الشروط الأخرى[2] و لم تتكلم عن شرط التكامل الجمهوري بالنسبة للمتحصل على سند بالإقامة يحمل صفة أجير.

أما بالنسبة لبقية مقدمي الطلب الغير متحصلين على سند يحمل إشارة أجير، فهنا نطبق عليهم شرط التكامل الجمهوري

وفقا لما تنص عليه[3]المادة (9) من الإتفاق الفرنكو مغربي التي تحيلنا إلى النظام القانوني العام في جميع النقاط التي لا تنص عليها الإتفاقية.

بالرجوع إلى هذا الشرط إذا لاحظناه جيدا ،ألا نجد فيه بعض الغموض؟،فما هو المفهوم الدقيق للتكامل الجمهوري ؟،وكيف تقيم الإدارة مدى إنصياع الرعية المغاربي للمبادئ الأساسية التي تتطابق مع قوانين الجمهورية و قيم الحياة العائلية في فرنسا ؟ وما هو معيار ذلك؟،ألا يطفي ذلك الطابع التعسفي للإدارة لرفض طلب التجمع العائلي على أساس هذا الشرط الذي لا زال غامضا ،ولا يعطي المعايير الدقيقة التي تحدد درجة الانصياع من عدمها ؟.

ألا يعد هذا فجوة أو ثغرة تستفيد منها الإدارة لمنع التجمع العائلي بطريقة غير مباشرة ؟ و ألا يتعارض هذا مع قواعد الحماية الدولية و الإقليمية و خصوصا المادة 44 من الاتفاقية الدولية لحماية جميع حقوق العمال المهاجرين[4]و أفراد

---

[1] Bureau du droit du séjour ,du droit d'asile et des questions migratoires , droit des séjour en France des étrangers relavant de régime juridique spécieux, op .cite ;page68.

[2] **عبد الله البارودي**،المغرب الامبريالية و الهجرة،المؤسسة العربية للدراسات و النشر ،بيروت ،1979،ص52.

[3] Ferdowsi mokhtar ,renégociations de l'accord franco-marocain de 1987,"appel a la renégociation de l'accord franco-marocain de 1987 sur l'entrée et le séjour sur la reconnaissance de la kafala, communique de presse de président du conseil national des marocains de France (CNMF), 2007.
http://www.yawatani.com/Marocains.a-l-etranger_R41.htm

[4] أنطوان بيكو(منقح)، الهجرة و حقوق الإنسان "اتفاقية الأمم المتحدة بشان العمال المهاجرين" ، منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلم و الثقافة ،مطبعة جامعة كامبريدج،2009،ص3.

أسرهم التي تؤكد على ضرورة تيسير لم شمل العمال المهاجرين بأزواجهم ،و كذا المادة 13 من الإتفاقية الدولية رقم 143 لعام 1975 التي تنص على ضرورة التعاون مع الدول الأعضاء لتسهيل جمع شمل أسر كافة العمال المهاجرين الذين ينتمون بشكل قانوني على أراضيها ، وكذا ما أكدته التوصية الدولية رقم 151 لسنة 1975 ، التي تدعوا الحكومات إلى اتخاذ الإجراءات و التدابير اللازمة لتسهيل عملية إعادة جمع شمل أسر العمال المقيمين قانونية و مشروعة ،و أن يتم ذلك بأسرع ما يمكن ،و أن تشمل هذه الإجراءات القوانين الوطنية و الإتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف .

هنا في رأينا ما يلاحظ على التشريع الفرنسي أنه ينساق وفقا لإتجاه مخالف لهذه القواعد الدولية و الإقليمية المتعلقة بحماية العمال المهاجرين و أفراد أسرهم و هدفه أساسا هو عرقلة سير التجمع العائلي بدلا من تسهيله ، كما نجد من جهة أخرى ، أن فرنسا مع دول الإتحاد الأوروبي و الدول المشابهة لا تطبق مثل هذا الشرط ،حيث أن للرعايا الأوروبيين حرية التنقل هم و عائلاتهم دون الحاجة إلى أي إجراء من إجراءات التجمع العائلي .

ألا يشكل ذلك تمييز في المعاملة ؟و يتناقض مع مضمون المادة 44 الفقرة الثالثة من الإتفاقية الدولية لحماية جميع حقوق العمال المهاجرين و أفراد أسرهم؟، التي تدعوا إلى الأخذ بعين بالإعتبارات الإنسانية ،ومن تم معاملة أسر العمال المهاجرين معاملة متساوية مع أفرادها في دولة العمل ،وان كانت وجهات النظر تختلف خاصة بعدم مصادقة فرنسا على هده الاتفاقية لحد الآن ،و إنضمامها إلى الإتحاد الأوروبي الذي يحتم عليها هذا التصرف من جهة أخرى .

ومادام أننا تكلمنا عن الشروط المتعلقة بمدة الإقامة و الإنصياع لقوانين الجمهورية وقيم الحياة العائلية، بقي لنا أن نتعرض للشروط المتعلقة بالموارد والسكن من خلال ما سنورده فيما يلي :

### 2/: الشــــروط المتعلقة بالموارد والســــكن:

إن هذه الشروط نص عليها قانون ceseda في المواد من L411-1 إلى L411-6 وهي مماثلة للشروط التي تخص الرعية المغاربي المقيم في فرنسا وهذا ما تؤكده المادة الأولى من الإتفاق الفرنكو جزائري (الملحق الثالث ) التي تتكلم عن شروط الموارد والسكن، حيث أن هذه المادة في فقرتها الثالثة تنص على مايلي : "......لا يمكن رفض التجمع العائلي إلا لأحد الأسباب التالية:

-إذا لم يثبت الطالب موارد[1]مستقرة وكافية لتلبية حاجات عائلته، ويؤخذ بعين الإعتبار كافة موارد الطالب وزوجه بمنعزل عن الإعانات العائلية ،وإن عدم كفاية الموارد لا يبرر الرفض إذا كانت هذه الأخيرة مساوية أو أعلى من الحد الأدنى للأجر.

[1] الموارد ليست ملزمة بالنسبة للمستفيدين من منح المعوقين ومنح العجز

-لا يملك الطالب أو لن يملك لدى تاريخ وصول عائلته إلى فرنسا سكنا يعتبر عاديا لعائلة مماثلة تعيش في فرنسا......"، وكذلك المادة (5) من الإتفاق الفرنكو تونسي التي تحيلنا إلى المادة (3)و (4) من نفس الإتفاق التي تنص على الموارد كشرط لقبول التجمع العائلي ونفس الأمر بالنسبة للرعايا المغربيين، حيث أن المادة 5 من الإتفاق الفرنكو مغربي تحيلنا إلى المادتين(3) و(4) من نفس الإتفاق الذي ينص على الموارد كشرط لقبول التجمع العائلي، أما بالنسبة لشرط السكن ففي غياب وجود الأحكام الجديدة الموجودة في الباب الرابع من ceseda والتي تحيلنا إلى قانون MISSE FEN[1] ، فإن هذه الأحكام يخضع لها الرعايا التونسيون والمغربيون وفقا لفحوى المادتين (11) و(9) على التوالي من الإتفاقيتين التي تربطهما بفرنسا، لذلك علينا أن نرجع إلى النظام القانوني العام، والذي يستفيد في هذه الحالة الرعايا المغاربة منه .

**بالنسبة للموارد:**

مبدئيا التجمع العائلي يمكن رفضه إذا الطالب (الرعية المغاربي)، لم يبرر الموارد الكافية والمستقرة لضمان التكفل بإحتياجات عائلته لدعمها في فرنسا، وعند حساب الموارد يؤخذ بعين الإعتبار موارد الطالب وزوجه بشرط أن يكون هذا الأخير موجود بطريقة قانونية في فرنسا ،ومن الممكن تجميع الموارد ذات الطبيعة المختلفة بشرط تبرير مصدرها، ولا يقبل في حساب الموارد المنح والإستحقاقات العائلية، منح التضامن للأشخاص المسنين، منح التضامن الخاصة، المنح العائلية للتقاعد، منح التربص المؤقتة، وتحسب الموارد الناتجة عن أنشطة مهنية أجارية أو غير أجارية،أما بالنسبة لتقييم الموارد فيكون على أساس عقد العمل أيا كان شكله القانوني لمدة غير محددة، محدد المدة وكذلك على أساس قسيمة الدفع المقدمة من طرف المعني خلال 12 شهر السابقة على الطلب، بالإضافة إلى دخل التعويضات اليومية،وهناك إجراءات أخرى[2] تمس الرعايا المغاربة الممارسين لأنشطة مهنية غير أجارية تاجر ،حرفي، مهن حرة بالإضافة إلى الأشخاص الذين يمارسون أي نشاط مهني ويحصلون على دخل غير أجاري كالنفقة التي تدفع بإنتظام بموجب قرار قضائي.

إن تقدير مستوى الموارد، يتم على أساس الحجم المتوسط الشهري للموارد المقدم من طرف الطالب (الرعية المغاربي) وعند الإقتضاء على أساس 12 شهر السابقة لتقديم طلب التجمع العائلي،و لا بد أن يصل على الأقل حجم المتوسط الشهري الحد الأدنى للأجر الشهري (le SMIC) الذي يحسب على حسب حجم الأسرة بين الحد الأدنى للأجور وزيادة على الحد الأدنى بمقدار الخمس أي بإجمالي 1500€ شهريا كحد أقصى، وبالتالي إذا كان الأجنبي قادر على الحصول على دخل يساوي (le SMIC)، معناه أن هذا يسمح للعائلة أن تعيش في[15] ظروف طبيعية، هذا الأمر أكده الملحق الثالث للإتفاق الفرنكو جزائري عندما بين أن عدم كفاية الموارد لا يبرر الرفض إذا كانت هذه الأخيرة مساوية أو أعلى من الحد

---

[1] **عبد اللطيف بريشي** ،هجرة المغاربة إلى الخارج،مطبوعات الأكادمية ،المملكة المغربية ،الناظور،1999،ص96.

[2] Omar gasmi ,droit et immigration Europe –Maghreb , ceseda Loi hortefeu,le dernier râle du droit de vivre en famille ,2007. http://www.asseciation –diem.org/index .php?ing=fr.

الأدنى للأجر، وهذا ما يبرر موقف المشرع الفرنسي الذي لا يقبل طلب التجمع العائلي للطالب الذي قدمه على أساس عقد عمل مؤقت لا يتعدى العام الدراسي، وذلك لأنه لا يعطي ضمانات للإستقرار، ويسمح للعائلة بالعيش في فرنسا بظروف طبيعية.

إن إستقرار الموارد في بعض الأحيان من الصعب تحديدها لأنها لا تستند إلى طبيعتها ،إنما تستند على المدة المتوقعة للتقييم، مع الأخد بعين الإعتبار طبيعة ومدة عقد العمل ودوام الشركة التي تستخدم المعني ، فبعض الفئات [1]من الأجانب يرخص لهم مؤقتا ممارسة أنشطة مهنية أجارية في فرنسا ،ولا يضمن لهم استقرار ديمومة هذه الموارد حتى وإن كانت هذه الموارد كافية وهي تشمل عمال الرعايا المغاربة المقيمين في فرنسا على أساس عقد عمل موسمي، المتحصلين على رخصة مؤقتة بالعمل، فوضعية هؤلاء لا تمكنهم من الحصول على[2] التجمع العائلي ،ولذلك فإن طلبات هذه الفئات من الأجانب تتلقى من طرف المصلحة وترسل مباشرة إلى الوالي لكي ينطق بقراره فيها، وبالتالي تبقى الصفة المستقرة للموارد تدرس حالة بحالة ،وتغير المستخدم لا يمكن أن يؤخذ كسبب للرفض على أساس عدم إستقرار الموارد، كما أنه بالرجوع إلى الإتفاق الفرنكو جزائري[3] ،عدم كفاية الموارد و إستقرارها يعد سببا من أسباب رفض التجمع العائلي.

**أما بالنسبة للسكن:**

إن القانون ينص على إمكانية طالب التجمع العائلي (الرعية المغاربي) أن يقدم وعدا بالسكن لدعم طلبه، ولذا فإنه من الضروري النظر في شروط سكنه سواءا الطالب قدم السكن أو لم يقدمه عند إيداع الطلب

**-الطالب قدم السكن:**

هنا شرط السكن الذي يقترحه الطالب لإستقبال عائلته، يجب أن يفحص من ناحيتين :

التمتع بالسكن والشروط الصحية والإحتلال،فبالنسبة للتمتع بالسكن يمكن أن يكون الطالب مالكا أو مؤجرا ،ولكن الإيجار يجب أن يكون مرخصا من قبل المؤجر أو يخضع لحكم مجاني ،وهنا يجب على الطالب أن يقدم دليل على تبرير السكن ويجرى تحقيق بذلك،أما بالنسبة للشروط الصحية والإحتلال فلتحديد ما إذا كان يليق بالعائلة ومقارنتها بالعائلات التي[4]تقيم في فرنسا، يجب أن يتوفر السكن المقترح على بعض الشروط الصحية كوسائل التدفئة والحياة...إلخ، ويجب أن يتلاءم مع السطح اللازم وفقا للمعايير على حسب المنطقة الجغرافية لحياة الطالب (أ و ب و ج على نحو ما هو محدد في المرسوم) من إجمالي المساحة الأرضية، لأن القانون الجديدلم يقم بإحداث تعديلات على ظروف السكن المشروط سابقا ولكن

[1] **زهير سناسني** ، المرجع السابق ،ص29.

[2] ***خضر خضر***،*مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان، ، المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،1999،ص31.*

[3] Stéphane fratricide,Patrick butor , Regroupement familial des étrangers , paris 2006,page23

[4] Le groupe information et de soutien des immigrés,op .cite, page242

مرسوم2006/12/8، فرض عدد من المتر المربع المشروط وعلى حسب المنطقة الجغرافية من إجمالي المساحة الأرضية وفقا لما يلي:

**في المنطقة (أ)**: 22م$^2$ بالنسبة لأطفال أسرته أو لشخصين، تضاف 10م$^2$ بالنسبة للشخص حتى 8 أشخاص و5م$^2$ بالنسبة لما يزيد أو يساوي 8 أشخاص.

**في المنطقة(ب)**: 24م$^2$ بالنسبة لأطفال أسرته أو لشخصين تضاف 10م$^2$ بالنسبة للشخص حتى 8أشخاص و5م$^2$ بالنسبة لما يزيد أو يساوي 8 أشخاص.

**في المنطقة(ج)**: 28م$^2$ بالنسبة لأطفال أسرته أو لشخصين، تضاف 10م$^2$ بالنسبة للشخص حتى 8أشخاص و5م$^2$ بالنسبة لما يزيد أو يساوي 8 أشخاص ،أما بالنسبة لشروط النظافة والصحة فتطبق النصوص الواردة في المرسوم رقم(120-2002) ل2002/1/30 الذي ينص على خصائص السكن اللائق والمعايير المتخذة لتقييم صلاحية السكن بالنسبة لإستيعاب العائلة المماثلة مع تلك التي تعيش في فرنسا مع مراعاة عدد الغرف، أوجه السكن، تكوين العائلة.

**-الطالب لم يقدم السكن:**

فهنا لدعم الطلب، مقدم الطلب (الرعية المغاربي) عليه أن يقدم وعدا بالسكن بوثائق قاطعة مصادق عليها تضمن توفير السكن مستقبلا، وبالتالي نفهم من ذلك أن التجمع العائلي يمكن رفضه إذا مقدم الطلب لم يقدم في وقت وصول عائلته إلى فرنسا سكنا عاديا، وبالتالي إذا كان غير ملزم بتقديم السكن وقت تقديم ملف التجمع العائلي، فإنه يكون ملزم بتقديمه وقت وصول عائلته إلى فرنسا ،وهذا ما تؤكده الإتفاقية الفرنكو جزائرية بدقة في الفقرة(3) من المادة الأولى حيث تنص على أنه يرفض التجمع العائلي إذا الطالب لا يملك لذى تاريخ وصول عائلته إلى فرنسا سكنا يعتبر عاديا لعائلة مماثلة تعيش في فرنسا وإن مراقبة الغرف وأجزاء السكن هو ضروري للتحقق من أن السكن هو مستوفي لمعايير الإسكان من حيث الحجم، ويجب أن يملئ" إستمارة شهادة توفير السكن ووضعه"، لأنها ضرورية وتسمح بالمراقبة ما إذا كان هذا السكن هو مطابق للمعايير المنصوص عليها قانونا.

من خلال إستقرائنا وتحليلنا للشروط المتعلقة بالموارد والسكن، يظهر لنا جليا أن هذه الشروط هي جد صعبة[1]يصعب إستفاؤها بالنسبة للرعية المغاربي المقيم في فرنسا والذي يرغب في إحضار عائلته إليه ،حيث أنه بالنسبة للموارد نجد أن حساب (Smic) يكون على حسب حجم الأسرة بين الحد الأدنى اللأجور و زيادة عن الحد الأدنى بمقدار الخمس

[1] Ferdowsi mokhtar ,renégociations de l'accord franco-marocain de 1987,"appel a la renégociation de l'accord franco-marocain de 1987 sur l'entrée et le séjour sur la reconnaissance de la kafala, communique de presse de président du conseil national des marocains de France (CNMF), 2007.

http://www.yawatani.com/Marocains.a-l-etranger_R41.htm

أي إجمالي1500 أورو شهريا كحد أقصى،و بالتالي إذا كان الشخص قادر على الحصول على دخل يساوي Smic،معناه أن هذا يسمح للعائلة الفرنسية أن تعيش في إطار ظروف ملائمة،وكذلك بالنسبة للعائلة الأجنبية ، لكن من جانب أخر ،نجد أن نسبة البطالة ارتفعت في فرنسا و أصبحت تشكل الهاجس الأول لذا الفرنسيين ، فهل يستطيع الرعية المغاربي أن يحقق شرط الموارد الكافية و المستقرة في إطار الظروف الحالية التي تعيشها فرنسا ؟،و ألا يشكل ذلك مساسا بالحق في الحياة العائلية و الأسرية[1]،و ألا يتناقض مع ما دعت إليه قواعد الحماية الدولية و الأوروبية و بالأخص المادة 16 الفقرة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أن الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ،ولها حق التمتع بحماية المجتمع ،ألا يعد شرط الموارد حاجز أمام قيام الوحدة الطبيعية الأسرية ؟،وكذلك المادة 13 من الإتفاقية الدولية[2]رقم143 لعام 1975التي تدعوا إلى تسهيل جمع شمل الأسرة لكافة العمال المهاجرين الذين يقيمون بشكل قانوني ،و كذا المادة 44 التي تعتبر أن الأسرة هي الوحدة الإجتماعية و الطبيعية و الأساسية في المجتمع ،و تدعوا إلى إتخاذ التدابير المناسبة لضمان حماية وحدة الأسر للعمال المهاجرين ؟ أهذه التدابير تعد لحماية و ضمان وحدة أسر العمال المهاجرين ؟أم هي تدابير يقيد فيها حق أساسي هو الحق في التجمع الأسري و في حياة أسرية طبيعية؟

أما بالنسبة لشرط السكن ،فإن تحقيق السكن في فرنسا حاليا من الشروط الجد صعبة إن لم نقل المستحيلة مع وجود أزمة السكن ،فكيف مع هذا التدفق الهائل للمهاجرين، يوفر الرعية المغاربي السكن وفقا للمعايير المنصوص عليها في القانون الفرنسي ؟و ألا يعد هذا الشرط تعجيزيا و يتناقض مع بنود ومساعي الإتفاقية الأوروبية لحقوق[3] الإنسان و التوصية الدولية 151 لسنة1975 التي دعت الحكومات المعنية لإتخاذ جميع التدابير اللازمة لتسهيل عملية إعادة جمع شمل أسر العمال المهاجرين ؟، وإذا كنا من خلال هذه الشق الأول الدراسة قد حاولنا أن نسلط الضوء على مختلف الشروط اللازم توفرها في مقدم الطلب (الرعية المغاربي) المقيم في فرنسا والذي يرغب في الإستفادة من التجمع العائلي بداية بشروط المدة والإنصياع لقوانين الجمهورية وقيم الحياة العائلية ،مرورا بشرط الموارد والسكن ونهاية بتقييم هذه الشروط خصوصا بالنسبة للرعية المغاربي المقيم في فرنسا والذي يصعب عليه تحقيقها مع الظروف الحالية التي تعيشها فرنسا، يبقي لنا أن نتساءل، عن ما هي الشروط الواجب توافرها في المستفيدين من التجمع العائلي؟ أي عائلة الرعية المغاربي المستفيدة من التجمع العائلي؟ ،هذا ما نورده من خلال الشق الثاني من الدراسة:

[1] **عمار عمر** ،سؤال حقوق الإنسان ، المكتبة الوطنية ،عمان، الطبعة الأولى2000،ص89.

[2] نواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن ،الطبعة الأولى ،2008،ص53.

[3] **اتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان** )بالإنكليزية *European Convention on Human Rights* :، واختصاراً (*ECHR* :هي معاهدة دولية تهدف لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في قارة أوروبا، حيث وضع مسوّدتها – المُكوّن حديثاً آنذاك – سنة 1950، وبدأ تطبيقها في 3 سبتمبر سنة 1953 .جميع الدول الأعضاء في مجلس أوروبا مُوقِّعة على الاتفاقية حالياً، ويُتوقّع من أي دولة منضمّة حديثاً أن توقع عليها في أقرب فرصة متاحة

**ثانيا : الشروط المطلوبة في أعضاء عائلة الرعايا المغاربة المقيمين في فرنسا(المستفيدة من التجمع العائلي):** هنا أغلب أحكام النظام القانوني العام للأجانب ،هي مطابقة لأحكام الإتفاقيات الفرنكو مغاربية التي[1] تمس الرعايا المغاربة في هذا المجال ،ولكن هذا لا يعني عدم وجود إختلافات تتحدد على حسب جنسية المستفيد من التجمع العائلي ما إذا كان مغربي أو جزائري أو تونسي، وقبل أن نفصل في هذه الشروط، لا بد لنا أن نتعرف أولا على ما المقصود بأعضاء العائلة؟

مبدئيا يقصد بأعضاء عائلة الرعية المغاربي المقيم في فرنسا ،زوج الطالب البالغ على الأقل 18 سنة وأطفال الزوجين القصر البالغين أقل من 18 سنة،وهذا ما تؤكده الإتفاقيتين الفرنكو مغاربية (تونس والمغرب) التي تذكر هذين الشخصين فقط وفقا للمادة (5) من الإتفاق الفر نكو مغربي والمادة (5) أيضا من الإتفاق الفرنكو تونسي[2]، أما الرعايا الجزائريين، فإن الإتفاقية الفرنكو جزائرية في الملحق الثالث، المادة الأولى/4 تحليلنا إلى الباب الثاني من البروتوكول الملحق بالإتفاق وتضيف على هذين الشخصين، الأطفال دون 18 سنة الذين هم تحت الكفالة بصفة قانونية وبموجب حكم صادر من السلطة القضائية الجزائرية وتتعهد بأن تكون حالة أصول العامل الراغبين في الإقامة في فرنسا موضوع دراسة خاصة، إذن هي تختلف بذلك عن النظام القانوني العام للأجانب الذي يتماثل في هذه النقطة مع الإتفاقيتين التونسية و المغربية.،وإن أعضاء العائلة التي ترغب في الإستفادة من التجمع العائلي لا بد أن تخضع لشروط عامة وأخرى خاصة، حتى يمكنها ذلك ، هذه الشروط التي سنوردها بالتفصيل والتحليل وفقا لما يلي :

### 1/ الشـــــــروط العــــــامة:

يقصد بالشروط العامة، الشروط التي تمسهم بإعتبارهم أعضاء عائلة رعية مغاربي مقيم في فرنسا، بغض النظر عن الصفة التي يحملونها سواء كانوا أطفالا قصر أو أزواج رعايا مغاربة، وهذه الشروط تتعلق بإجراء فحص طبي أو الخضوع لمراقبة طبية ، والإقامة خارج فرنسا، وكذا مبدأ التكلم باللغة الفرنسية، حيث أننا سنقوم بتحليل هذه الشروط وفقا كما يلي:

#### أ/-المراقبة الطبية أو الفحص الطبي:

هذا معناه أن أعضاء عائلة الرعية المغاربي عليهم أن يخضعوا لفحص أو مراقبة طبية،للتأكد من أنهم لا يعانون من أي مرض من الأمراض المنصوص عليها في الصحة الدولية أو التي تمس النظام العام أو الأمن العمومي للخطر، هذا الفحص يقوم به الرعايا التونسيين و المغربيين قبل مغادرة موطنهم الأصلي،أما الرعايا الجزائريين فبعد مغادرة التراب الجزائري أي في فرنسا

[1] عبد اللطيف بريشي،المرجع السابق ،ص32.

[2] تجدر الملاحظة هنا أن مرسوم رقم75-56 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1326 الموافق ل1976/3/25 المعدل بالمرسوم88-28 المؤرخ في 12 جمادي الثانية عام 1405 الموافق ل1988/2/9 والمتعلق بتنقل وإقامة الرعايا الفرنسيين في الجزائر، المادة(6) منه تنص على "أن أعضاء العائلة هم القرين والأطفال القصر فقط ،وبالتالي فهي مماثلة لما هو محدد في النظام القانوني العام للأجانب وكذا الإتفاقية الفر نكو تونسية والمغربية.

،وقد تطرقت إليه الإتفاقية الفرنكو مغربية في المادتين (3) و(4) ،ونفس الشيء بالنسبة للإتفاقية الفرنكو تونسية حيث نصت عليه أيضا في المادة (3) و(4) ،والإتفاقية الفرنكو جزائرية نصت عليه في المادة 2/4 "..... بعد المراقبة الصحية المعتادة...."، والمادة الأولى الفقرة الثالثة التي تشير إلى أنه "..... يمكن أن يستثنى من التجمع العائلي عضو من العائلة المصاب بمرض مسجل في النظام الطبي الدولي "، ويستوحى من هذه المادة أن الفحص الطبي هو إلزامي ويتم بعد وصول العائلة إلى فرنسا ،وهذا على مثال النظام القانوني العام الذي يجعل إجراء الفحص الطبي بعد وصول أفراد عائلة الأجنبي إلى فرنسا وتقوم به الوكالة الوطنية للإستضافة والهجرة (ANAEM)[1]، حيث تجري الفحص الطبي لأعضاء العائلة عند وصولهم إلى فرنسا وتمنح لهم شهادة بذلك ،كما تقوم بتحرير عقد الإستقبال والإندماج لصالح المستفيدين والإمضاء على هذا العقد يكون إجباري ،كما أنه في حالة ما إذا الأجنبي كان مصاب بهذه الأمراض لا يمنع من التجمع العائلي، ولكن إلزامي عليه العلاج في حالة قبول إقامته وهذا عكس ما هو وارد في الإتفاقية الفرنكو جزائرية التي يمكن أن يرفض التجمع العائلي للرعية الجزائري المصاب بهذه الأمراض ، أما بالنسبة للرعايا التونسيين والمغربيين فالمادتين الثالثة و الرابعة من كلا الاتفاقيتين تكلمتا عن المراقبة الطبية و لكن لم تتكلم عن كيفية إجرائها ،مما يدفعنا إلى الرجوع إلى النظام القانوني العام و بالتالي يصبح الرعايا التونسيين و المغربيين في وضعية أفضل من الرعايا الجزائريين .

### ب/–الإقامة خارج فرنسا:

هذا الشرط يعتبر شرطا منطقيا وتشترك فيه كل الإتفاقيات الفرنكو مغاربية مع النظام القانوني العام، حيث يخضعون لإجراءات الإدخال إلى فرنسا، بعد تقديم الطلب والموافقة عليه، ويحصلون وفقا لذلك على سند بالإقامة على حسب الشخص الذي إلتحقوا به ،و هذا ما تؤكده المادة (4) من الملحق الثالث للإتفاق الفرنكو جزائري التي تحليلنا إلى المادة (7/د) والمادتين (5)و(6) من الإتفاق الفرنكو[2] تونسي والمادتين(5)و(6) من الإتفاق الفرنكو مغربي.

### ج/–مبدأ التكلم بالفرنسية:

هنا بالرجوع إلى النظام القانوني العام للأجانب المتعلق بدخول وإقامة الأجانب في فرنسا، نجد أنه يخضع الأجانب الذين تتراوح أعمارهم ما بين 16و65 عام والذين يسعون إلى الدخول إلى فرنسا في إطار التجمع العائلي إلى إختبار مدى قدرتهم على التكلم باللغة الفرنسية، أي أن الأجنبي المترشح للتجمع العائلي الذي لا يتقن اللغة الفرنسية يجب أن يقوم بتكوين مدته شهرين، وهنا كانت (ANAEM) أي، الوكالة الوطنية للإستضافة والهجرة هي التي تقوم بإجراءات تقييم مستوى إتقان اللغة الفرنسية، ومع هذه الأحكام الجديدة من المحتمل أن السلطات القنصلية والبعثات الديبلوماسية[3]هي التي تأخذ هذا

[1]زهير سناسني ، قانون الأجانب في الجزائر، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2005،ص 31

[2] راجع لإتفاق الفرنكو تونسي ل1988/03/17 المعدل بالملحق الأول ل 1991/12/19 والملحق الثاني ل2000/09/18،وبالمادة الثانية لبروتوكول اتفاق كارد ل 2008/4/28 المعدل للاتفاق الفر نكو تونسي

[3]تجدر الملاحظة هنا أن عضو عائلة رعية من رعايا الرابطة الأوروبية، له الحق الكامل بالإقامة دون أن يكون ملزم بتقديم تقييم معرفته باللغة الفرنسية، ونفهم من ذلك أن الفرنسيين وأزواجهم الأجانب

الدور،و بالنسبة للرعايا المغاربة، فإن كل هذه الإتفاقيات لم تتكلم عن هذا الشرط ما دام أنه جديد، ولكن الإشكال لا يطرح بالنسبة للرعايا التونسيين والمغربيين ما دام أن المادة (2/11) من الإتفاق الفرنكو تونسي والمادة (9) من الإتفاق الفرنكو مغربي قد حلت المشكل، لأن وجود الفراغ يجعلنا نرجع إلى النظام القانوني العام، ولكن المشكلة في الإتفاق الفرنكو جزائري الذي لا توجد فيه نصوص صريحة تحيلنا إلى النظام القانوني العام في حالة وجود فراغ، لكن حسب إجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، إجراءات التجمع العائلي التي يخضع لها الأجانب الخاضعين للنظام القانوني العام تطبق على الرعايا الجزائريين.

وإذا كنا قد حاولنا أن نجمل مختلف الشروط العامة المتطلبة في الرعية المغاربي المستفيد في التجمع العائلي ،بقي لنا أن نتطرق إلى الشروط الخاصة من خلال مايلي :

### 2 / الشـــروط الخاصـــــــة:

يقصد بها الشروط الخاصة لأعضاء عائلة رعية مغاربي المقيم في فرنسا حسب صفة كل عضو أي الشرط الذي يخص عضو العائلة بإعتباره زوج لرعية مغاربي، وشروط أخرى تخص عضو عائلة رعية مغاربي بإعتباره طفل لهذا الرعية.

#### أ/–الشروط المتعلقة بزوج الرعية المغاربي:

تختلف على حسب جنسية هذا الرعية المغاربي، فإذا كان رعية تونسي أو مغربي فإننا نطبق المادة(9) من[1] الإتفاق الفرنكو مغربي و(2/11) من الإتفاق الفرنكو تونسي وبالتالي نطبق الشروط التي تمس الأجانب الذين يخضعون للنظام القانوني العام، أما بالنسبة للرعايا الجزائريين، فالأمر يختلف في بعض النقاط سنشير إليها،فهنا بالرجوع إلى النظام القانوني العام للأجانب، نجد أنه بالنسبة للزوج سواءا كان رجلا أو إمرأة يشترط أن يكون سنه على الأقل 18سنة، وتعدد الزوجية يعتبر مانع من موانع التجمع العائلي ،حيث أن الأجنبي المتعدد الزوجية لا يمكنه الإستفادة من التجمع العائلي بالنسبة لزوجته إذا كان يعيش في فرنسا مع الزوجة الأخرى ،وعلى الأجنبي وزوجه أن يقدموا نسخة كاملة من عقد الميلاد للتحقق من عدم وجود تعدد الزوجية على الإقليم الفرنسي، وعندما يتعلق الأمر بأجنبي رعية لدولة تعترف بتعدد الزوجية (تونس، المغرب)، يجب أن يقدم تعهد شرفي بعدم وجود تعدد الزوجية على التراب الفرنسي، ويمكن علاوة على ذلك إستخدام الإعلام الآلي للتحقق من أن الأجنبي لم يسبق له أن أدخل الزوجة الأولى إلى فرنسا وفي حالة تحقق هذه الحالة فعلى الطالب أن يثبت أن الرابطة الزوجية قد إنتهت قبل تقديم الطلب سواءا بالموت أو بإجراء الطلاق، أو أية طريقة أخرى لفسخ الرابطة الزوجية، ويجب أن تترجم الوثائق المتعلقة بالوضعية الزوجية إذا لم تكن مترجمة من طرف محكمة الإستئناف، وفي حالة إكتشاف تعدد الزوجية، يعاقب مرتكب المخالفة بسحب بطاقة الإقامة ،هذا بالنسبة للنظام القانوني العام التي يطبق على الأجانب المقيمين في فرنسا بما في ذلك الرعايا المغربيين والتونسيين،أما بالنسبة للرعايا الجزائريين فبالرجوع إلى المادة (4/1) من الملحق(3) للإتفاق الفرنكو جزائري نجد أنها تنص على أن الإستفادة من التجمع العائلي لا يمكن أن تمنح عندما الزوج الجزائري يعيش في الإقليم

---

يعانون من التمييز في المعاملة مقارنة مع رعايا الرابطة الأووربية الذين يحظون بمعاملة تفضيلية .

[1] راجع الإتفاق الفرنكو مغربي ل1987/10/9،والذي دخل حير التنفيذ في 1994/1/1

الفرنسي مع الزوجة الثانية وفقا للعبارة التالية :"...... حينما يكون أحد الرعايا الجزائريين مقيما على الإقليم الفرنسي مع الزوجة الأولى وهو في وضعية زواجية غير مطابقة للتشريع الفرنسي، فإن السلطات الفرنسية لا يمكنها أن توافق على منح مزايا التجمع العائلي للزوجة الأخرى..." ،وكذلك المادة (6) [1]جديدة التي تنص صراحة على رفض إصدار أو تجديد شهادة الإقامة للرعايا الجزائريين الذين يعيشون في وضعية تعدد زوجية في التراب الفرنسي حيث جاءت بعبارة " .....يشترط أن تكون الوضعية الزواجية مطابقة للتشريع الفرنسي...." ،وما يفهم من هتين المادتين أن الرعايا الجزائريين الذي يكونون في حالة تعدد الزوجية يرفض طلب منحهم شهادة إقامة أو تجديدها، ولكن خلافا للرعايا المغربيين والتونسيين لا يمكن أبدا أن تسحب شهادة الإقامة للرعية الجزائري الذي يعيش في حالة تعدد الزوجية مادام أن الإتفاق لم ينص عليها صراحة، وهذا ما أكده مجلس الدولة[2]الفرنسي، إذن نلاحظ هنا أن الرعايا الجزائريين يخضعون لوضعية تفضيلية مقارنة مع الرعايا الأجانب بما فيهم الرعايا المغربيين والتونسيين.

### ب/-الشروط المتعلقة بأطفال الراعي المغاربي:

هنا سنعالج هذه الشروط من خلال عدة نقاط أهمها الكفالة ودليل "البنوة إختبارADN ".

### 1/ -تعريف الطفل:

بموجب أحكام المواد 11-314 و1-411 و2-411 و3-411 و7-411 من قانون دخول وإقامة الأجانب [3]وحق اللجوء يقصد بالطفل: الأطفال الشرعيين، الأطفال الطبيعيين الذين بنوتهم لم تنشئ إلا بتكفل مقدم الطلب أو زوجته، الأطفال المتبنون من طرف مقدم الطلب أو زوجته بموجب قرار نهائي للتبني، الأطفال القصر من الرابطة الأولى لمقدم الطلب أو لزوجته التي توفيت أو سحبت منها السلطة الأبوية، أما بالنسبة للرعايا المغاربة فالأمر يختلف على حسب جنسية كل رعية،فبالنسبة للمغربيين يقصد بالطفل كافة الحالات وفقا للمادة 9 من الإتفاق الفرنكو مغربي ماعدا حالة الأطفال الطبيعيين والمتبنون مادام أن قانون الأحوال الشخصية المغربي لا يعترف بالطفل من الزنا ويحرم التبني طبقا للمادة (3/83 من ق. الأسرة)، **أما** التونسيين فتطبق عليهم كافة الحالات وفقا للمادة 2/11 من الإتفاق الفرنكو تونسي ماعدا حالة الأطفال الطبيعيين أما عن حالة الطفل المتبنى يقبل به وفقا لقانون الأحوال الشخصية التونسي الذي يعترف بالتبني،وبالنسبة للجزائريين فنطبق عليهم كافة الحالات ماعدا حالة الأطفال الطبيعيين والمتبنون لأنه وفقا لقانون الأحول الشخصية الجزائري الطفل الطبيعي هو إبن الزنا ولا ينسب إلى أبيه وإنما إلى أمه، أما عن التبني فهو محرم شرعا وقانونا وفقا للمادة [4] (46) ولكنه أضاف الطفل المكفول، هذه الحالة التي إنفرد بها لوحده وهذا ما سنفصل فيه لاحقا ،و بالنسبة للأطفال القصر من الرابطة الأولى لمقدم

---

[1]راجع الملحق الثالث ل2001/07/11، والذي دخل حيز التنفيذ في 2003/1/1.من الإتفاق الفرنكو جزائري ل1968/12/27 ،ج ر العدد69 لعام 2001.

[2] Le groupe information et de soutien des immigrés ,op .cite, page111

[3]**عبد العظيم الجنزورى**،الإتحاد الأوروبي "الدولة الأوروبية الكنفيدرالية "،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1999،ص29.

[4]لغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2005، ص168

الطلب أو لزوجته عندما يكون الولي الثاني توفي أو سحبت منه السلطة الأبوية، هذه الحالة وردت في الملحق الثالث للإتفاقية الفر نكو جزائرية في المادة الأولى الفقرة الرابعة ،بقوله: "....إن أطفال هذه الزوجة الأخرى يمكنهم الإستفادة من التجمع العائلي إذا توفيت هذه الأخيرة أو جردت من حقوقها الأبوية طبقا لقرار محكمة جزائرية.

**2-/سن الطفل:**

الإستفادة من التجمع العائلي لا يمس إلا الأطفال القصر أقل من 18 سنة وهذا ما أشار إليه النظام القانوني العام للأجانب في فرنسا ،أما عن الرعايا التونسيين والمغربيين فإن المادتين (5) من الإتفاق الفرنكو تونسي والمادة(5) من الإتفاق الفرنكو مغربي ذكرت عبارة الأطفال القصر الذين لم يبلغوا سن الرشد، وبالنسبة للرعايا الجزائريين وفقا للمادة الأولى الفقرة الثالثة التي تحيلنا إلى الباب الثاني من البروتوكول الملحق بالإتفاق، تنص على أن: ".....أبناؤه القصر والأطفال دون سن 18 سنة ......".

-إن النقطتين التي تهمنا في هذه الشروط اي الشروط المتعلقة بأطفال الراعي المغاربي ،والتي تستدعي منا التحليل والدقة في تفسير الأحكام هي المتعلقة بإختبار البنوة " ADN "[1]والكفالة،وهذا ما سنورده من خلال ما يلي :

**-تحليل البنوة : إختبار " ADN ":**

لم ينص عليه الإتفاق الفرنكو تونسي ولا مغربي ولا الجزائري لأنه إجراء جديد أدخل بموجب قانون 2007/11/20 على أساس تجريبي خلال مدة لا يمكن أن تتجاوز 2009/12/31، وهنا لا يطرح الإشكال بالنسبة للرعايا التونسيين والمغربيين، لكن بالنسبة للرعايا الجزائريين فبالطبع هو نعم، لأنه لم يوضح الأمر ما إذا كان يمسهم أم لا؟ وهل الجزائر تدخل في القائمة المحددة بموجب المرسوم الذي يمسهم هذا التحليل أو لا؟وبرجوعنا إلى محتوى هذا الإجراء، نجد أنه عندما تكون الحالة المدنية خالية أو في حالة عدم وجود عقد يؤكد صحة الحالة المدنية أو في حالة الشك في صحة هذا الأخير، فإنه يلتجئ إلى البصمات الجينية (فحصADN) التي يبين البنوة،و إن إستخدام هذه البصمات الوراثية لإثبات الأبوة للطفل المترشح للتجمع العائلي هي عملية لا تزال تمييزية مخالفة للقانون وأخلاقيات[2]علم الأحياء عام 2004 الذي سمح بإختبار الحمض النووي في إجراءات المحاكم،حيث أن هذه الأحكام يصعب تطبيقها من الناحية العملية والحقيقة أن إستعمالها يظل يشكل في حد ذاته سابقة خطيرة ،وبالتالي الأجنبي يصبح خاضع لقانون لا يطبق لا في فرنسا ولا على الفرنسيين، فهذا الإجراء هو في رأينا يتنافى مع[3]حقوق الإنسان وحقوق الطفل و أخلاقيات علم الأحياء،و يتناقض أيضا مع مبدأ المساواة في المعاملة مثلما تنص عليه المادة 44 الفقرة الثالثة من الإتفاقية الدولية لحماية العمال المهاجرين التي تنص على ضرورة الأخذ

[1] عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى شرعية استخدامها في النسب،دار الفضيلة الرياض ،2002،ص52.

[2] عمر بن محمد السبيل،المرجع السابق ،ص57.

[3] خير الدين عبد الله محمود، اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ودورها في تفسير وحماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، الهيئة المصرية للكتاب، 1999،ص91

بعين الإعتبار للإعتبارات الإنسانية ،ومن تم معاملة أفراد اسر العمال المهاجرين معاملة متساوية مع أفرادها في دولة العمل ،و كذا المادة الأولى من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

**-الكفالـــــــــة:**

إن هذا النظام لا يمس إلا الرعايا الجزائريين، وبالتالي هو ميزة إيجابية تضاف إلى رصيدهم وتعزز طلب التجمع العائلي، وقبل أن نشرع في تحليل الأحكام التي جاءت بها الإتفاقية الفرنكو جزائرية في هذا المجال، لا بد أولا أن نتعرف على مفهوم الكفالة، فماذا يقصد بها ؟ يقصد بالكفالة وفقا للتشريع الفرنسي تفويض السلطة الأبوية المنصوص عليها في المادة(376) وما يليها من القانون المدني، وليس التبني[1] ويتعلق الأمر بنقل السلطة الأبوية إلى ما يشبه بالوصاية إلى غاية وصول الطفل إلى سن الرشد، وعدم قطع رابطة البنوة بين الأبوين البيولوجيين للطفل، أما في التشريع الجزائري ووفقا لقانون الأحوال الشخصية المادة (116) من قانون الأسرة[2]، تعرف الكفالة، بأنها:

" إلزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بإبنه ويتم بعقد شرعي".

-إن الإتفاق للفرنكو جزائري له خصوصيته في مجال التجمع العائلي ،لأنه يسمح بتطبيق الباب الثاني من الملحق للإتفاقية الذي يجعل الإستفادة من إجراءات الدخول وقبول إقامة الأطفال القصر تحت تكفلهم على أساس قرار من السلطة القضائية الجزائرية وهذا ما تنص عليه فيما يلي: ".... وكذلك للأطفال دون سن 18 الذين هم تحت كفالته بصفة قانونية بموجب حكم صادر من السلطة القضائية الجزائرية" ،هذا الحكم[3]هو في الحقيقة أمر يصدر بعد مرحلتين: مرحلة موافقة أبوي المكفول ويكون بموجب ورقة رسمية (أمام قاضي، موثق، مسئول البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج المادة 117 من ق. الأسرة) ثم تتثبت الكفالة من طرف القاضي بناءا على عريضة من الكافل إلى القاضي وبعد أن يتحقق القاضي[4]من توفر الشروط المطلوبة قانونا لقيام الكفالة، يصدر أمر بإسناد الكفالة لطالبها ويكون هذا الأمر غير قابل للطعن إ،و بالنظر إلى ما تقدم، يتم رفض طلبات التجمع العائلي بالنسبة للرعايا الأجانب بإستثناء الجزائريين، فلا يكون التجمع العائلي لغير طفل قاصر جزائري مقبول[5] بالكفالة، لذلك نجد أن المجلس الوطني للمغاربة في فرنسا (CNMF) دعا لإعادة التفاوض على هذا الإتفاق على الأقل مثل الإتفاقية الفرنكو جزائرية.

[1]إن المادة 3-370من القانون المدني للفرنسي المدخلة بموجب قانون2007/2/6 تنص على أن:"تبني قاصر أجنبي لا يمكن أن يمنح إذا كان القانون الشخصي له يحرم هذا النظام ، إلا إذا كان القاصر ولد و يقيم بصفة إعتيادية في فرنسا ،و لذلك فإن أطفال الدول الإسلامية خصوصا الجزائر والمغرب لا يمكنهم الإعتماد على حكم التبني في فرنسا لأن هذه الدول تحرم التبني ".

[2]عبيد الشافعي، قانون الأسرة و قانون الحالة المدينة و قانون الجنسية الجزائرية، دار الهدى، عين المليلة ،الجزائر 2008 ص55

[3]مسعود عمارة ،احكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ،مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ،العدد الاول ،جامعة البليدة ،الجزائر،2010 ص57.

[4]تجدر الملاحظة أنه للتأكد من صحة قرار الكفالة ، يمكن أيضا لمديرية إدارة الشؤون الصحية و الإجتماعية أن تقوم بتحقيق حول ذلك بناءا على طلب من الوالي لمساعدته على إتخاذ قراره.

[5]مصطفى معوان ،أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ،مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ،العدد الأول ، جامعة البليدة ،الجزائر ص489.

-نفهم من خلال ما سبق أن الرعايا الجزائريين هم في وضعية تفضيلية في مجال الكفالة ويستفيدون منها وهذا يدعم التجمع العائلي ويتوافق مع حقوق الإنسان[1]وحقوق الطفل، أما الرعايا المغربيين فالمشكل يتمثل في عدم إكتراث السلطات المغربية بهذه الوضعية أو سهوها عنها ، حيث أنها لم تسعى كالسلطات الجزائرية والتونسية إلى إلحاق نص الإتفاق الفرنكو مغاربي منذ 1987/10/9 إلى غاية يومنا هذا بأي تعديلات بملاحق تتوافق مع تغير الوضع الحالي وتضمن الحماية للرعايا المغربيين، بإعتبارهم يخضعون لإتفاقيات ثنائية ،وإلا ما الفائدة من هذه الإتفاقية؟، ما دام أننا نرجع إلى النظام القانوني العام وفقا للمادة (9) من نص الإتفاقية.

## الخاتمة :

من خلال هذه الدراسة ، وبعد تعرفنا على مفهوم التجمع العائلي حاولنا أن نسلط الضوء على شروط التجمع العائلي بالنسبة للرعية المغاربي (تونس، المغرب، الجزائر) المقيم في فرنسا وتوصلنا لعدد من النتائج أهمها:

-أن هده الشروط تختلف عن ما هو محدد في النظام القانوني العام للأجانب، ولكن الإختلافات هي بسيطة خصوصا بالنسبة للرعايا التونسيين والمغربيين، حيث وجدنا أنه تقريبا هناك أحكام مماثلة ،لأن كل من المادة (11) الفقرة الثانية بالنسبة لتونس والمادة التاسعة بالنسبة للمغرب لعبت دورهما ،مادام أن أغلب النصوص المتعلقة بشروط التجمع العائلي لم ترد في هتين الإتفاقيتين وبطبيعة الحال هذا يجرنا إلى الرجوع إلى النظام القانوني العام بوجود هاتان المادتين السالفتين الذكر تصبح تقريبا هاتين الإتفاقيتين تفقدان خصوصيتهما.

- أن الإتفاقية الفرنكو جزائرية تقريبا جاءت ملمة بجميع الشروط ،وهذا ما جعلها تعرف إختلافات مقارنة مع النظام قانوني العام، هذه الإختلافات التي تقريبا فسرت لمصلحتهم خصوصا في مجال عدم سحب شهادة الإقامة في حالة تعدد الزوجية، نظام الكفالة بالنسبة للقصر، عدم إلزامية شرط لإنصياع لقوانين الجمهورية (التكامل الجمهوري).

-أن الشروط مطلوبة في مقدم الطلب "الرعية المغاربي"، جد صعبة وتحول دون تحقق التجمع العائلي الذي هو حق أساسي معترف به عالميا ودوليا خصوصا فيما يتعلق الموارد (SMIC) والسكن ومعاييره.

-أن الشروط المتعلقة خصوصا بإستحداث نظام دليل البنوة إختبار"ADN" وتحقق المعرفة الكافية باللغة الفرنسية، فكلها شروط تعيق الوصول إلى هذا الحق الذي بات حقا إحتمالي،خصوصا عند فرض مجموعة من القيود التي تتنافى مع مبدأ المساواة و تعزيز سلسلة من الشروط الصعبة التي حقيقة هي تعجيزية ،خصوصا في الوقت الحالي الذي تعيشه فرنسا

[1]عمار بوحوش، العمال الجزائريون في فرنسا ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،1975،ص36

– أن الحق في التجمع العائلي بالنسبة لرعايا الدول الأوروبية والدول المشابهة ،هو حق مكتسب[1] يسمح لأعضاء عائلة الرعية الأوروبي بحرية التنقل و الإستقرار في الدولة العضو دون الحاجة إلى إجراءات التجمع العائلي، وهذا ما يجعلهم في وضعية تفضيلية وتمييزية مقارنة مع الرعايا المغاربة وحتى مع الرعايا الفرنسيين الذين أزواجهم رعايا مغاربة في مجال تقييم معرفتهم باللغة الفرنسية وقيم الجمهورية. ،وفي هذا الصدد أهم التوصيات التي يمكن أن تقدم في هذه الدراسة هي :

أولا:إدخال تعديلات على الإتفاقيات الفر نكو مغاربية[2] فيما يخص الحق في التجمع العائلي ،تحافظ على خصوصياتها مقارنة مع النظام القانوني العام من جهة ،ومن جهة أخرى ترسم للرعايا المغاربة مكانتهم في فرنسا وفقا لنصوص صريحة، إيجابية، دقيقة ومضبوطة، تتفادى الفراغ القانوني وتتواكب مع التطورات التي تشهدها التشريعات الأوروبية في[3] مجال الهجرة وعلى رأسها التشريع الفرنسي.

ثانيًا: إقامة تكتل وإتحاد مغاربي، يهدف إلى رسم الإطار القانوني للراعي المغاربي في الدول الأوروبية "**إتفاقيات أرو–مغاربية**"[4] تحافظ على أهم الحقوق الإنسانية والعمالية أهمها الحق في التجمع العائلي ،وترفع من القدرات وتنهض بثقافة حقوق الإنسان وتنشرها بشكل عام، وتغرز قيم التسامح والتآخي والتعايش والتضامن بين الشعوب والأقاليم وتؤمن احترام أكبر للكرامة الإنسانية على أساس المشترك الإنساني بين بني البشر وإحترام عاداتهم وتقاليدهم ومعتقداتهم الدينية.

---

[1] مجلس حقوق الإنسان ،تقرير وطني مقدم وفقا للمادة 15 /أ من مرفق قرار حقوق الإنسان 1/5 فرنسا ، 2008،ص5

AL A/HRC/WG.6/2/FRA/1 2 May 2008

[2] سيد ابو الخير ،المرجع السابق،ص 69.

[3] **عبد العظيم الجنزوري**،الإتحاد الأوروبي "الدولة الأوروبية الكنفيدرالية "،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1999،ص12.

[4] **برعان عليون، محسن عوض**، المستقبل العربي لحقوق الإنسان العربي، مركز دراسة الوحدة العربية، الطبعة الثانية، 2004ص71،

## قائمة المراجع :

**أولا باللغة العربية :**

**أ/-النصوص القانونية :**

**الاتفاقيات الدولية:**

1/- **الإتفاق الفرنكو تونسي** بين حكومة الجمهورية الفرنسية و حكومة الجمهورية التونسية في ميدان الإقامة و العمل لـــ1988/03/17 المعدل بالملحق الأول ل 1991/12/19 والملحق الثاني ل2000/09/18، وبالمادة الثانية لبروتوكول اتفاق كارد ل 2008/4/28 المعدل للاتفاق الفر نكو تونسي .

2/-**الإتفاق الفرنكو مغربي** بين حكومة الجمهورية الفرنسية و حكومة المملكة المغربية في ميدان الإقامة و الشغل ل1987/10/9، دخل حير التنفيذ في 1994/1/1.

3/-**الإتفاقية الفرنكوجزائرية** المتعلقة بتنقل الرعايا الجزائريين و عائلاتهم إلى فرنسا وتشغيلهم و إقامتهم بها ل9/27/ 1968،نشرت بموجب المرسوم الرئاسي رقم 69-03 المؤرخ في 12ذي القعدة عام 1388 الموافق ل1969/1/30 ،الجريدة الرسمية العدد17 سنة1969 ص130-133،و المعدلة بالملحق الأول ل1985/12/22 والملحق الثاني ل1994/09/28 والملحق الثالث ل2001/07/11، والذي دخل حيز التنفيذ في 2003/1/1،ج ر العدد69لسنة 2001 ،ص15-19

**ب/- الكتب القانونية :**

-أنطوان بيكو(منقح)، الهجرة و حقوق الإنسان "اتفاقية الأمم المتحدة بشان العمال المهاجرين" ، منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلم و الثقافة ،مطبعة جامعة كامبريدج،2009.

-برعان عليون، محسن عوض، المستقبل العربي لحقوق الإنسان العربي، مركز دراسة الوحدة العربية، الطبعة الثانية، 2000

-جدون دس حسبون، قانون حقوق الإنسان العالمي، دار النشر عمان،1999.

-خضر خضر،مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان، ، المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،1999

- خير الدين عبد الله محمود، اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ودورها في تفسير وحماية الحقوق والحريات الأساسية للأفراد، الهيئة المصرية للكتاب، 1999.

-زهير سناسني ، قانون الأجانب في الجزائر، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2005.

-سيد أبو الخير ، نصوص المواثيق والإعلانات والاتفاقيات لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، إتراك للنشر والتوزيع، مصر،2005

-عبيد الشافعي، قانون الأسرة و قانون الحالة المدينة و قانون الجنسية الجزائرية، دار الهدى، عين المليلة ،الجزائر 2008

-عمار بوحوش، العمال الجزائريون في فرنسا ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،1975.

-عبد الله البارودي،المغرب الامبريالية و الهجرة،المؤسسة العربية للدراسات و النشر ،بيروت ،1979

-عبد العظيم الجترورى،الإتحاد الأوروبي "الدولة الأوروبية الكنفيدرالية "،دار النهضة العربية ،القاهرة ،1999

-عبد اللطيف بريشي ،هجرة المغاربة إلى الخارج،مطبوعات الأكادمية ،المملكة المغربية ،الناظور،1999

-عمر عمر ،سؤال حقوق الإنسان ، المكتبة الوطنية ،عمان، 2000

-عمر بن محمد السبيل ، البصمة الوراثية ومدى شرعية استخدامها في النسب،دار الفضيلة الرياض ،2002.

-لغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، 2005.

-محمد شريف البسيوني، المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، الطبعة الأولى ، دار الشروق ،القاهرة، 2003.

-نواف كنعان، حقوق الإنسان في الإسلام والمواثيق الدولية والدساتير العربية، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن ،2008.

ج/-المجلات القانونية :

- مسعود عمارة ،أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ،مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ،العدد الاول ،جامعة البليدة ،الجزائر،2010.

- مصطفى معوان ،أسباب تحريم التبني و إحلال الكفالة بين أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري ،مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ،العدد الأول ، جامعة البليدة ،الجزائر،2010.

ثانيا باللغة الفرنسية :

أ/ الكتب:

-Bureau du droit du séjour ,du droit d'asile et des questions migratoires , droit des séjour en France des étrangers relavant de régime juridique spécieux, paris 2005.

-GROUPE DINFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS, le guide de l'entrés et du séjour des étrangers en France, Nouvelle édition, paris, France, 2008.

-Stéphane fratricide,Patrick butor , Regroupement familial des étrangers , paris 2006.

**Les sites web** :

- Ferdowsi mokhtar ,renégociations de l'accord franco-marocain de 1987,"appel a la renégociation de l'accord franco-marocain de 1987 sur l'entrée et le séjour sur la reconnaissance de la kafala, communique de presse de président du conseil national des marocains de France (CNMF), 2007.

http://www.yawatani.com/Marocains.a-l-etranger_R41.htm

-Service publique ,étrangers en France , Regroupement familial,arrivé en France des membre famille , documentation français ,2008 .

Vos droit .service-public.fr/particuliers/Nu165.xhtml?§n= Etranger en France§i=n8

# حالات التنافي مع العضوية النيابية في التشريع اليمني

# Cases of incompatibility with membership in Yemeni legislation

د. محمد أحمد محمد غوبر

أستاذ القانون العام المشارك ورئيس قسم القانون العام بكلية الشرطة –أكاديمية الشرطة – الجمهورية اليمنية.

**الملخص:**

تنبع مشكلة الدراسة في التساؤل حول ما أتى به المشرع اليمني بشأن الوظائف التي تشكل حالة من حالات التنافي مع العضوية النيابية هل جاءت واضحة وكافية ودقيقة وشاملة لجميع الموظفين، بغية من تمكين عضو البرلمان من التفرغ إلى مهامه البرلمانية وعلى رأسها التشريع والرقابة وتمثيل الشعب

أما أهمية هذه الدراسة تعود إلى بيان موقف المشرع من بيان حالات التنافي مع العضوية النيابية وما يتخلل ذلك من تناقضات على مستوى النصوص الدستورية والقانونية وما يشوبها من غموض

وبالنسبة لأهم النتائج التي توصلت إليه الدراسة؛ هو أن تنظيم ذلك لإجراءات عدم التنافي مع العضوية حال تحققه ووجوده قد شابه قصور النص الدستوري والفراغ التشريعي.

لهذا نوصي المشرع اليمني لإعداد مشروع قانون يجمع كل حالات التنافي، ويضبطها بدقة، لتمكينالبرلمان من الاطلاع "على المهام والوظائف التي يمارسها أعضائه، بالإضافة إلى وظيفتهم البرلمانية

**كلمات مفتاحية:** ـــ ترشيح – تنافي –تعارض–تفرغ –انتخابات

**Abstract :**

The problem stems from the study in question of its Yemeni on functions that constitute a case of incompatibility with parliamentary membership is made clear and sufficient, accurate and comprehensive for all staff, in order to enable full time member of Parliament to the parliamentary functions chiefly legislative and oversight and representation The people

The importance of this study due to the position of a legislator from situations of incompatibility with parliamentary membership and permeates contradictions at the level of constitutional and legal provisions and its mystery

For the most important findings of the study; it is to organize it because if not incompatibility with membership procedures achieve and his presence had inadequate constitutional text and the legislative vacuum.

For this we recommend the Yemeni legislature to prepare a bill that combines all the cases of incompatibility, orientations, to enable the Parliament to see the tasks and functions that are exercised by its members, in addition to the parliamentary function

**مقدمة:**

أنه بتبني الدستور اليمني لمبدأ الفصل بين السلطات، يكون المشرع الدستوري اليمني قد أقام إحدى الدعائم الأساسية للديمقراطية، والتي تستهدف الحد من السلطة، على اعتبار أن السلطة توقف السلطة،ولا يتأتى ذلك إلا من خلال فصل وظيفي وعضوي بين السلطات هذا الأخير لا يتحقق إلا بمنع الجمع بين الوظائف، خاصة على مستوى السلطة التنفيذية والتشريعية وأي وظيفة انتخابية أو ما في حكمها .

إلا أن الغريب أن المشرع الدستوري اليمني قد أجاز الجمع بين العضوية النيابية وبين الوزارة[1]. بحيث قد أجاز الجمع بين عضوية مجلس النواب والوظيفة العامة باستثناء عضوية مجلس الوزراء ـــــ كما أشرنا إلى هذا سلفاً ـــــ إخلالاً جسيماً بواجبات العضوية، الذي قد يترتب عليه اسقاط العضوية[2]كجزاء تأديبي، تنفيذاً لحكم قضائي بات أو من قبل المجلس ابتداء إذا فقد أحد شروط الترشيح[3]

أن القواعد القانونية المنظمة لحالات التنافي تستهدف من جهة، حماية الولاية الانتخابية من تأثير أجهزة السلطة التنفيذية، والتأثير الذي قد تمارسه سلطته رئاسية أو تأديبية على موظف عمومي منتخب، كما تستهدف من جهة أخرى، حماية المرفق العمومي من الضغوط السياسية التي قد تطاله وبالتالي تحقيق حياده، وفي هذا الإطار عمل القضاء المقارن- وقبل تدخله لترتيب الآثار القانونية في حال ثبوت قيام حالة التنافي- على مراقبة مدى استجابة المعني بالأمر للنصوص القانونية التي إما أن تترك للمرشح حق الخيار بين ترك الوظيفة أو النشاط، المشكل لحالة التنافي أو التنازل عن الولاية الانتخابية، وإما أن تحدد بصفة آمرة ما إذا كان المرشح ملزم بترك الوظيفة أو النشاط المشكل لحالة التنافي أو بالتنازل عن الولاية الانتخابية[4].

يرمي موضوع الدراسة إلى حماية العضوية أو العضوية التي يصبو المترشح إلى توليها لتنافيها مع العضوية النيابية.

تعود أهمية هذه الدراسة إلى موقف المشرع اليمني في بيان حالات التنافي مع العضوية النيابية وما يتخلل ذلك من تناقضات على مستوى النصوص الدستورية والقانونية وما يشوبها ـــــ أيضاً ـــــ من غموض، وبيان آثارها، وإجراءاتها وحالاتها، مع ايضاح الحالات المستثناة من حالات التنافي مع العضوية النيابية.

أخراً؛ المحاولة في بذل المزيد من أجل إيجاد الضمانات والحماية بصورة أكثر للعضوية النيابية لأجل الحفاظ عليها فعضو مجلس النواب يمثل الشعب بكامله ويرعى المصلحة العامة، كالتوسيع في حالات التنافي مع العضوية النيابية بشأن الوظائف التي قد تمس بتراهتها والتي لا تقل أهمية عن تلك التي ذكرها المشرع اليمني

وأما مشكلة الدراسة تنبع من خلال عدد من التساؤلات أهم هذه التساؤلات

أهم هذه التساؤلات؛ أنه إذا كان المشرع اليمني قد بين أو نص على حالة التنافي مع العضوية النيابية، إلا أنه لم يبين ما هي تلك الوظائف على سبيل الحصر عندما نصت المادة (80) من الدستور اليمني على أنه (لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب وعضوية المجلس المحلي أو أي وظيفة عامة، ويجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب ومجلس الوزراء).

---

(1) (راجع) أحكام المادة (80) من الدستور اليمني

(2) أو ابطال العضوية أو الفصل في صحة العضوية في أحوال معينة

(3) (راجع) أحكام (م 194) من القانون رقم (1) لسنة 2006م بإصدار اللائحة الداخلية لمجلس النواب

(4) أ. مراد ايت ساقل، منهجية القاضي الإداري في محاكمة مشروعية العملية الانتخابية. (راجع) الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
http://www.tarabat.ma/ar/recherches/02-Recherche.doc

فأي أي وظيفة عامة ـــــــ غير عضوية المجلس المحلي ـــــــــ يراد بها المشرع اليمني؟ فكل ما تحصلنا عليه إلى جانب وظيفة عضوية المجلس المحلي؛ هو سوى عضوية مجلس الشورى[1] التي لا يجوز الجمع بينها وبين العضوية النيابية؟

حيث أصبحت هذه المادة لا تؤدي الغرض كون أن هناك من الوظائف ما يمكن للعضو أن يجمع بينها، والتي سوف نبينها في حينه.

أخراً؛ ما هي الوظائف التي تشكل حالة من حالات التنافي مع العضوية النيابية؟

أخيراً؛ ما هو التوقيت المناسب الذي يتم فيه إثارة حالة التنافي مع العضوية النيابية أو مبدأ التفرغ البرلماني؛ هل عند تقديم طلبات الترشيح كما هو بالنسبة لحالة المنع أو عدم القابلية للترشيح أم عند أو عقب الفوز في الانتخابات النيابية؟ وما هو الإجراء القانوني اللازم تطبيقه حينه؟

وبالنسبة لمنهج[2]: هذه الدراسة فقد اتخذنا هذا المنهج من أجل تحليل نصوص الدستور والتشريع وأحكام القضاء وتطبيقها على وقائع القضية أو المشكلة البحثية، ومحاولة استخلاص حكم المسائل التي لا نجد فيها نصا ولا رأيا أو المسائل التي يثور حولها الغموض.

لهذا تم تقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة مطالب تم تقسيمها على النحو الآتي:

## المطلب الأول: مفهوم التنافي مع العضوية النيابية

تختلف حالات التنافي عن حالات المنع من الترشح في أن كون هذه الأخيرة تمس بالمشاركة السياسية بإسقاط الحق في الترشح، بينما تحد حالات التنافي من حق المُنتخب في ممارسة عهدة سياسية بتخييره بين مواصلة التمسك بها، أو التخلي عنها بمناسبة قيامه ببعض الوظائف التي تتنافى معها، وهذا حفاظا على حرية ممارسة العهدة، والتي حددها المشرع في عدد الوظائف، التي قد تسيء إلى فكرة استقلالية المنتخب لكنه لم يتعرض لها بشكل شامل ودقيق[3]

وعلى هذا لا تعتبر حالات التنافي كشرط لممارسة حق الترشح، على اعتبار أن الشخص يمارس حقه في الترشح بصفة عادية، وفي حالة فوزه بأحد المقاعد البرلمانية تقتضي مهامه النيابية التخلي عن المهام والوظائف الأخرى التي كان يمارسها، وهذا بعكس حالات عدم القابلية للترشح التي تحول دون إمكانية الشخص في ممارسة حقه في الترشح إلا بعد التخلي عن وظيفته ومرور مدة محددة عن هذا التخلي، وبذلك نرى أن حالات عدم القابلية للترشح –دون حالات التنافي–يمكن اعتبارها شروطا لممارسة الحق في الترشح[4]

---

(1) (م 8) من القـــــرار الجمهوري رقم (39) لسنة 2002م بشـــــأن لائحة مجلس الشورى

(2) د. جابر جاد نصار، أصول وفنون البحث العلمي، ط1، جمهورية مصر العربية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص38 وما بعدها، د. صلاح الدين فــوزي، المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث العلمية، ص137 وما بعدها.

(3) بن التركي جموعي، الحقوق السياسية للموظف العمومي في الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، مــذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، الموسم الجامعي 3102-3102م، ص 41

نقلا عن، بن خليفة خالد، آلية الرقابة على العملية الانتخابية في الجزائر في ظل القانون العضوي رقم 01/12، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014م، ص 26

(4) سهام عباسي، ضمانات وآليا حماية حق الترشيح في المواثيق الدولية والمنظومة التشريعية الجزائرية، أطروحة دكتوراه دولة في العلوم القانونية، جامعة الحـــاج لخضر باتنة كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، الجزائر، 2014/2013، ص107

فحالات التنافي مع العضوية النيابية، يعني به حالة التنافي أو عدم التوافق، أو التعارض مع العضوية النيابية.

أو يعني بها مبدأ التفرغ البرلماني فقد ذهب البعض [1] في تعريف التفرغ، بأنه منع عضو البرلمان من جمع الوكالة التشريعية مع بعض الوظائف التي كان يشغلها قبل انتخابه، أو التي أكتسبها بعد انتخابه .

وذهب البعض الآخر إلى تعريف مبدأ التفرغ للعضوية البرلمانية، بأنه ذلك النظام الذي يجبر المنتخب – إذا أختار العضوية البرلمانية – على التخلي عن ممارسة أي عمل آخر، أو عن الاحتفاظ به دون ممارسة، متى كان من شأنه أن يؤثر في استقلال العضو البرلماني تجاه الحكومة، أو المصالح الخاصة، أو يتعارض مع اختصاصاته البرلمانية[2]

كما أتي البعض بمفهوم آخر للتفرغ البرلماني، ما يسمى بعدم التوافق أو التعارض، حيث يتمثل الحظر الجمع بين عضوية مجلس النواب والوظيفة عامة ومبرراته، في ما يسمى بعدم التوافق أو التعارض أي عدم جواز أن يجمع فرد واحد وفي نفس الوقت، بين وظيفتين يفترض أن إحداهما ضارة بالأخرى، فلا يستطيع صاحب مهنة أن يمارسها إذا كان يتمنى، مثلا، ممارسة وكالة برلمانية بمعنى أنه لا يمكنه ممارسة هذه الأخيرة إلا إذا توقف عن ممارسة الأولى والعكس صحيح، بمعنى أنه صاحب وكالة برلمانية لا يستطيع خلال وكالته البرلمانية أن يمارس مهنة معينة إلا إذا تخلى عن الأولى[3]

فلا يمكن أن نجد حالة في التشريع اليمني للموظف العام إذا رشح نفسه لانتخابات مجلس النواب، وأنتخب بالفعل، أصبح في حالة عدم تفرغ من تاريخ فوزه بعضوية مجلس النواب، فإذا بادر بالتنازل عن العضوية البرلمانية، أو إذا استقال من وظيفته، يكون بذلك قد أنهى حالة عدم التفرغ التي كانت قائمة في حقه

فكل ما في الأمر أننا نجد موظف عام مستقيل يرشح نفسه في الانتخابات النيابية، يعود إلى وظيفته إن لم يفز في الانتخابات وتدفع له كافة مستحقاته فإن فاز استمرت مستحقاته من جهة عمله خلال مدة عضويته في المجلس، وكان له بعد انتهائها الحق في العودة إلى عمل مواز لعمله السابق على الأقل[4].

وبناء على هذا فإن النائب في حقيقة الأمر وجوهره يجمع بين الوظيفة العامة التي كان يشغلها والعضوية، وهذا ما يمكن أن يطلق عليه الجمع الحكمي، أي أن مصطلح التفرغ ينطبق مع مصطلح الاحتفاظ بالوظيفة [5].

وإذا كانت العودة إلى الوظيفة لعضو س النواب بعد انتهاء فترة العضوية، ـــ كما يراها البعض ـــ تمثل انتكاسة خطيرة للأداء الأمثل للوظيفة البرلمانية، إذ يصطدم ذلك مع المقومات الضرورية لأداء العضو البرلماني لرسالته في مجال الرقابة على أعمال الحكومة ومجال التشريع، وذلك كله ناجم عن استمرار تبعيته للحكومة وخضوعه لمؤشرات عديدة ناتجة عن الاحتفاظ بالوظيفة وعلمه مسبقا بموجب التشريع بأنه سيعود إليها بعد انتهاء مدة العضوية. [6].

---

(1) Julien Laferrière، Manuel de droit constitutionnel، Domat –Monchrestien،Paris، 1947، P. 669.

نقلا عن د. محمد عباس محسن، الجمع بين الوظيفة العامة وممارسة العضوية البرلمانية مقاربة دستورية في النظام البرلماني العراقي، وزارة التعليم العـــالي والبحـــث، العلمي–الدائرة القانونية، مجلة جامعة تكريت للعلوم، القانونية والسياسية، المجلد/5، العدد/ 17، السنة/5، ص373

(2) عصام أبو بكر فهمي، مبدأ التفرغ لعضوية البرلمان أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2008م، ص 71

(3) د. ماهر جبر نضر، إمكانية الجمع بين وظيفة عضو الحكومة وممارسة الوكالة البرلمانية " دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري"، سلسلة بحوث علمية محكمة، 1995م، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 10

(4) (م 60/أ) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

(5) د. محمد عباس محسن، مرجع سابق، ص386

(6) د. محمد عباس محسن، مرجع سابق، ص386

وبالنسبة لمفهوم التنافي وفقاً لما ذهب إليه المشرع اليمني؛ عدم جواز الجمع بين العضوية النيابية وبين الوظيفة أو الوظائف العامة باستثناء الوظيفة في مجلس الوزراء. بحيث لا يمكن للموظف الذي يريد ان يرشح للانتخابات النيابية أن يكون شاغراً للوظيفة العامة حتى ولو كانت الوظيف في مجلس الوزراء (رئيس مجلس الوزراء أو نائبه أو الوزراء) إلا بعد أن يقدم استقالته خلال فترة يحددها المشرع

بحيث يتم تعيين النائب في مجلس النواب بعد فوزه بالعضوية في وظيفة عامة حينها لا يخير بين العضوية النيابية وبين الوظيفة التي كان يشغلها. على خلاف ما هو سائد في بعض الأنظمة [1]. كونه قد سبق وأن قدم استقالته من الوظيفة التي كان يشغرها قبل فوزه في الانتخابات.

فكل ما في الأمر؛ هو أن النائب أو العضو بعد فوزه في الانتخابات النيابية حينها بإمكان تعيينه في وظيفة عامة غير وظيفة وزير في مجلس الوزراء، حينها يتم انتخابات ملء المقعداو المقاعد الشاغـــرة[2].

بخلاف ما كان مقررا في السابق على دولة الوحدة؛ حيث كان لا يجوز الجمع بين الوزارة وعضوية مجلس الشورى ويجوز لعضو مجلس الشورى أن يحتفظ بمقعده شاغراً في المجلس إذا عين وزيراً [3]

كما تقرر هذا في التشريعات اليمنية الأخرى أيضاً السابقة على دولة الوحدة اليمنية المباركة، بشأن العضوية في مجلس الشورى؛ بأن على كل موظف، يرغب في ترشيح نفسه لعضوية مجلس الشورى أن يستقيل من وظيفته قبل بدأ الانتخابات، ويجوز أن يرشح نفسه في دائرة عمله[4]، كون أهم شروط الترشيح للعضوية في مجلس الشورى؛ ألا يكون المرشح موظفاً عاملاً عاملاً [5]

## المطلب الثاني : حالات التنافي مع العضوية النيابية والاستثناءات الواردة عليه

لقد أتى تأكيد المشرع اليمني لحالات التنافي مع العضوية النيابية؛ تطبيقا للمبادئ الدستورية القاضية بتجسيد مبدأ الفصل بين السلطات حسب ما نصت عليه المادة (79) من الدستور بأنه لا يجوز لعضو مجلس النواب أن يتدخل في الأعمال التي تكون من اختصاص السلطتين التنفيذية والقضائية.

أيضاً؛ تطبيقا لقاعدة عدم الجمع بين العضوية ووظيفة أخرى حسب ما نصت عليه المادة (80) من الدستور لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب وعضوية المجلس المحلي أو أي وظيفة عامة، ويجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب ومجلس الوزراء.

يمكننا أن نورد بعض حالات التنافي التي أوردها المشرع اليمني والاستثناءات الواردة عليه وذلك على النحو الآتي:

(1) . يتمثل في الاستقالة أو الاختيار بالنسبة للمرشح الفائز بالعضوية بين اختياره للوكالة البرلمانية، أو للوظيفة العامة. خلال فترة معينة يحددها المشرع ـــــــ كما في الجزائر ـــــــ خلال الشهر الموالي للانتخابات التشريعية حسب ما تنص عليه المادة 14 من القانون رقم: 89/14 المؤرخ في: 1989/8/8 المتضمن القانون الأساسي للنائب.

(2) (راجع) أحكام (م2/ث) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

(3) (م108) من الدستور الدائم للجمهورية العربية اليمنية لعام 1970

(4) (م8) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (1) لسنة 1971م بشأن انتخابات أعضاء مجلس الشورى

(5)(م49) من الدستور الدائم للجمهورية العربية اليمنية لعام 1970م

### الفرع الأول: حالات التنافي مع العضوية النيابية

#### أولاً: تنافي العضوية النيابية مع عضوية المجلس المحلي[1]

إذا كان المشرع الفرنسي قد أجاز الجمع بين العضوية البرلمانية والوظيفة العامة الانتخابية، والتي تتمثل أساسا في عضوية المجالس المحلية في مستوياتها المتعددة، فإن الحل العكسي هو الذي اعتنقه المشرع اليمن عندما نصت المادة (80) من الدستور، بأنه لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب وعضوية المجلس المحلي أو أي وظيفة عامة، ويجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب ومجلس الوزراء[2].

وعموم، فقد أكد قانون الانتخابات اليمني على هذا؛ بقوله، يعتبر كل عضو مجلس محلي مرشح لمجلس النواب مستقيلا عن عضوية المجلس المحلي ولا يعود إليها إلا بانتخاب جديد[3].

يعني أنه لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب وممارسة الوظيفة العامة أو عضوية المجالس المحلية [4]، علما أن الأمر لا يقتصر حدوده عند ذلك النطاق أو الجمع بين الوكالة أو العضوية البرلمانية وعضوية المجلس المحلي فحسب، بل أن المشرع تجاوز ذلك الحد أو الحظر؛ إلى الجمع بين عضوية المجلس المحلي للمحافظة والمجلس المحلي للمديرية[5] من جهة، ومن جهة؛ حظر الجمع بين رئاسة أي من الأجهزة التنفيذية وعضوية المجلس المحلي في ذات الوحدة الإدارية ويسري هذا الحكم على أعضاء السلطة القضائية [6]

وعموما فإن اتجاه المشرِّع اليمني، في شأن حظر الجمع بين عضوية مجلس النواب وعضوية المجالس المحلية، اتجاه يستحق التأييد من جانبنا، فممَّا لا شك فيه أن أعباء العضوية النيابية لا تحتمل إثقالها بأعباء عضوية المجلس المحلي الذي له واجباته الكثيرة، علاوة على ذلك، فإن لمجلس النواب، حسب أحكام الدستور، دوراً رقابياً يباشره على المجالس المحلية، وجواز الجمع يؤدي إلى إضعاف الوظيفة الرقابية لمجلس النواب على أعمال المجالس المحلية. وبالتالي، لا يعقل أن يكون عضو مجلس النواب، هو ذاته، عضواً بالمجلس المحلي، ويراقب نفسه بنفسه.

إضافة إلى ذلك، طريقة اختيار أعضاء المجالس المحلية تختلف عن طريقة اختيار أعضاء مجلس النواب، حيث يختار أعضاء المجالس المحلية عن طريق الانتخاب، في حين يتم اختيار أعضاء مجلس النواب عن طريق الانتخاب المباشر، وأخيراً، فإن العضوية البرلمانية تستحق من صاحبها تفرغاً كاملاً، ولا يجب إثقالها بأعباء عضوية مجلس محلي من شأنها أن تفرض على عضو البرلمان اهتمامات أخرى، وذلك بحكم اتصاله المباشر بالنطاق المحلي؛ أي بين العضو والناخب[7].

إلا أنه وبالرغم مما ذكر سلفا، فإن البعض قد رأى أنه هناك أمران متعارضان بشأن الجمع بين العضوية البرلمانية والمحلية في وقت واحد، فمن جانب، يُعد الأمر غير ديمقراطي في حالة المنع عن إرادة الناخبين أو عن إرادة الشعب كون هذا الأخير هو

---

(1) المجلس المحلي كما عرفه القانون رقم (4) لسنة 2000 م بشأن السلطة المحلية؛ هو المجلس المنتخب على مستوى الوحدة الإدارية (المديريات والمحافظات وأمانة صنعاء) وفقاً لأحكام هذا القانون.

(2) (م 80) من الدستور

(3) (م60/ب) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

(4) (م60/ج) من القانون رقم (13) لسنة 2001م، مرجع سابق.

(5) (م12) من القانون رقم (4) لسنة 2000 م بشأن السلطة المحلية،

(6) (م99/ب) من القانون رقم (4) لسنة 2000 م بشأن السلطة المحلية

(7) د. فيصل شنطاوي، حق الترشح وأحكامه الأساسية لعضوية مجلس النواب في التشريع الأردني، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 09، 2007م، ص304، 306

وحده الحكم في هذا الموضوع، وفقا للدستور [1] ومن جانب آخر، أنه ليس صحيحا ومتوافقا مع الديمقراطية أن يجمع الشخص الواحد أكثر من وكالة انتخابية، كونه لا يمكن أن يمارس أي منها بطريقة ملائمة[2]

من هنا يبرز التساؤل حول ما إذا كان يجوز الجمع بين العضوية النيابية ووظيفة المحافظ وبالذات بعد تعديل قانون السلطة المحلية حيت أجاز أن يتم تعيين المحافظ أو أمين العاصمة بالانتخاب؟ فهل يسرى عليه ما يسرى على عضو المجلس المحلي المنتخب. أم لا؟

الحقيقة أنه لا يحق له ذلك قياساً على الوضع في العراق كون أن مجالس المحافظات جزء من السلطة التنفيذية حيث ورد النص عليها في الباب الخامس من الدستور بنص المادة (116) وطالما أن مجالس المحافظات هي جزء من السلطة التنفيذية بنص الدستور، فتثار حتماً موضوع الفصل بين السلطات، الذي جرى التنصيص عليه في المادة( 47) من الدستور، في حالة كون عضو مجلس النواب عضواً في إحدى مجالس المحافظات، إذ يُعد ذلك بمثابة اعتداء صارخ على مبدأ الفصل بين السلطات، نظراً لحيازة الشخص الواحد صفتين، صفة تنفيذية (باعتباره عضواً في مجالس المحافظات) وأخرى تشريعية (بحسبانه عضواً في مجلس النواب) [3]

**ثانياً: تنافي العضوية النيابية مع الوظيفة العامة**

حيث لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب أو أي وظيفة عامة، ويجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب ومجلس الوزراء.

كما أنه وفقا لنص المادة (2/ث) من القانون رقم (13) لسنة 2001م بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء، عند تحديده لمفهوم انتخابات ملء المقعد أو المقاعد الشاغــرة: بأنها الانتخابات التي يتم إجراؤها لملء مقعد أو مقاعد شاغرة خلت بسبب الوفاة أو الاستقالة[4] أو تعيين عضو المجلس في وظيفة عامة ولا ينطبق ذلك عند التعيين في عضوية مجلس الوزراء.

وبهذا يفهم أن الوظيفة ـــ غير الوزارية ـــ قد تأتي لاحقة على العضوية، وهنا يبرز التساؤل؛ هل يكتفى هنا بنقل العضو إلى الوظيفة العامة، لنصبح أمام حالة من حالات الخلو بقرار يصدر عن المجلس، أم لا بد للعضو من تقديم استقالته، كإجراء شكلي أو متمم؟

بخلاف ما إذا أراد الوزير أن يرشح نفسه للانتخابات فعليه تقديم استقالته خلال ثلاثة أشهر من تاريخ فتح الترشيح

**ثالثاً: تنافي العضوية النيابية مع عضوية مجلس الشورى**

للإشارة أن التزام عدم الجمع بين العضوية النيابية وبين عضوية مجلس الشورى مصدره القانون لا الدستور وهذا جاء على خلاف الجمع بين العضوية النيابية وعضوية المجلس المحلي كما بينا ذلك سلفاً.

حيث نصت المادة(8) من القانون رقم (39) لسنة 2002م بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الشورى، بأنه لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس الشورى ومجلس النواب أو أي من المجالس المحلية[5].

كما نصت المـــــادة(5/أ) منه على أن يتكون مجلس الشورى من مائة واحد عشر عضوا يعينهم رئيس الجمهورية من ذوي الخبرات والكفاءات والشخصيات الاجتماعية من غير الاعضاء في مجلس النواب والمجالس المحلية.

---

(1)(م4) من الدستور.

(2) د. ماهر جبر نضر، مرجع سابق، ص16

(3) د. محمد عباس محسن، مرجع سابق، ص391، 394

(4) (م 197) من القانون رقم (1) لسنة 2006م، مرجع سابق.

(5) (م 60/ج) من قانون الانتخابات العامة والاستفتاء اقتصر على حضر الجمع بين عضوية مجلس النواب وممارسة الوظيفة العامة او عضوية المجالس المحلية.

وقد أتى هذا التنافي؛ كون الجمع غير منطقي لأنه يتعاض مع نظام ازدواجية المجالس التشريعية، وهذا الحظر تقليدي في فرنسا، وقد وجد في كل برلمانات العالم التي أقامت نظام ازدواجية المجالس التشريعية [1].

كما أتى التنافي نتيجة المهام والمسؤوليات المشتركة بين المجلسين (مجلسي النواب والشورى)، نتيجة الاختصاصات المشتركة بين كل من مجلسي النواب والشورى، التي أتي بها الدستور والتشريعات واللوائح الأخرى التي تنظم ذلك الاختصاص، كفحص الترشيحات للانتخابات الرئاسية[2]، كما يعقد مجلس النواب ومجلس الشورى اجتماعات مشتركة بدعوة من رئيس الجمهورية لمناقشة المهام المشتركة بينهما المحددة في الدستور ويتم التصويت عليها بأغلبية الأعضاء الحاضرين، ويتولى رئيس مجلس النواب رئاسة الاجتماعات المشتركة [3].

فكون المشرع في قانون الانتخابات العامة والاستفتاء لم ينظم حال ما إذا أراد عضو مجلس الشورى أن يرشح للانتخابات النيابية، فهل يعني أن المادة (1/5) من القانون رقم (39) لسنة 2002م بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الشورى

إلا أن ما نراه هو جواز أن يقدم عضو مجلس الشورى استقالته والخوض في الانتخابات التشريعية مع مراعاة أن يحدد المشرع الفترة التي يتقدم العضو خلالها باستقالته[4]

.

### رابعاً: تنافي العضوية النيابية مع بعض المهن الحرة وممارسة بعض الأنشطة الأخرى

إن مفهوم حقيقة التنافي مع العضوية النيابية كما هو مقرراً في بعض التشريعات[5] لا يقتصر على الجمع بين هذه العضوية من ناحية وبين والوظيفة العامة[6]. أو عضوية المجلس المحلي أو عضوية مجلس الشورى من ناحية أخرى فقط بل يشمل أيضاً الجمع بين العضوية النيابية وبين أي من المهام أو الأنشطة أو الوظائف التالية: (ممارسة أية نشاط آخر تجاري أو مالي أو صناعي أو وظيفة منصب في أي من وحدات القطاع العام أو المختلط أو التعاوني أو وظيفة أي منصب لدولة أو منظمة دولية أو حكومية أو مهنة حره طبيب أو محامي أو معلم أو رئاسة الأندية الرياضية الاحترافية والاتحادات المهنية أو غيرها

#### 1. تنافي العضوية النيابية مع بعض المهن الحرة

من أهم هذه المهن مهنة المحاماة حيث أعتبر المشرع اليمني ممارسة مهنة المحاماة من حالات التنافي مع رئاسة مجلس النواب أو السلطة التشريعية فقط دون أن يمنع ذلك من أت يجمع الشخص المحامي بين مزاولة مهنته هذه وبين أن يكون عضواً عادياً في مجلس النواب[7]

#### 2. تنافي العضوية النيابية مع ممارسة الأنشطة التجارية أو المالية أو الصناعية

لقد جعلنا من ممارسة وظـــيـــفـــة أو مـــنـــصب في مـــؤســـســـة أو شـــركـــة أو تجمع تجاري أو مالي أو صناعي إلى مصاف الأعمال أو الأنشطة التي تتنافى مع العضوية النيابية لتعلقها

(1) د. ماهر جبر نضر، مرجع سابق، ص16
(2) (م108) من الدستور
(3) (م127) من الدستور
(4) تنص (م 118)من القانون رقم (39) لسنة 2002م، مرجع سابق
(5) (راجع) أحكام المواد (2ـــــــــــــــــــــــ4) من القانـــون العضوي رقم 2 ـــــــ 12 المؤرّخ في 18 صــفر عام 1433هـــــــ، الموافق 12 يـــنـــايـــر ســـنة 2012 يـــحـــدد حـــالات الـــتـــنـــافي مع العهدة البرلمانية، الجزائر.
(6) باستثناء وظيف أو منصب (رئيس مجلس الوزراء أو نوابه أو الوزراء) كما هو مقرر في التشريع اليمني
(7)(م/36) من القانون رقم (31) لسنة 1999م بشأن تنظيم مهنة المحاماة

بحالة تتحقق واقعة الثراء غير المشروع والذي لا يمكن التحقق من هذه الحالة إلا بعد أن يصبح المرشح عضواً في مجلس النواب ولا سيما بالنسبة للعضو النائب الذي لم يكن موظفاً عاماً[1]

كون الحظر الوارد[2] في الدستور[3] المتعلق برئيس الوزراء أو أي من الوزراء أثناء توليهم الوزارة، يسرى أيضاً – ولو بصورة غير مباشرة – على العضو أو النائب في البرلمان أو مجلس النواب كونهم من شاغلي وظائف السلطة العليا للدولة[4]

إن حظر تعامل العضو البرلماني مع الدولة يجد علته في ضرورة النأي بالعضو عن الدخول في تعامل مالي أو تعاقدي مع السلطة التنفيذية، وحتى لا تتاح لها فرصة تستطيع من خلالها السيطرة عليه، عن طريق عقد صفقات تحقق له مزايا مالية ضخمة خلال عمليات بيع أوشراء أو تأجير أموال الدولة أو أمواله أو إبرام عقود التزام أو توريد أو مقاولة معه، بمعنى أن المشرع قد تغيا من وراء ذلك ضمان تحقيق استقلال أعضاء البرلمان، ومنع السلطة التنفيذية من التأثير عليهم عن طريق هذا التعامل[5]

مما يؤكد لما ذلك أن تلك الأعمال تشكل إحدى أهم صور حالات التنافي مع العضوية النيابية

حتى وأن عُد ذلك أو المنفعة المادية لدى الحكومة –كما في الأردن – ذلك شرط من شروط الترشيح للانتخابات النيابية كونه شرط احترازي يمثل تدبيراً من التدابير السابقة لدرء انحراف عضو مجلس النواب بسبب المصلحة المادية التي غالباً ما تؤثر في موقف الإنسان عند اتخاذ القرارات وخاصة المتعلقة بالشؤون العامة كالتشريع والرقابة السياسية والمالية والجنائية، فمظنه الانحراف باستخدام السلطة واردة إلا أنها ليست عامة، فهناك من المؤمنين من لا تغريهم المنافع المادية والمعنوية، ولكن الحيطة واجبة لحماية الدولة والكيان الاجتماعي من المفاسد[6].

كما يلاحظ أن المشرع اليمني لم يكتف بحصر الحالات التي تتنافى مع العضوية البرلمانية، بل توسع ليمنع عضو البرلمان خلال ممارسته لعضويته البرلمانية، من استعمال اسمه الشخصي مشفوعا بصفته في إشهار يخدم مصالح مؤسسة مالية أو صناعية أو تجارية،حتى لا يتحول الانتماء إلى مؤسسة البرلمان مطية لتحقيق مآرب شخصية أو للغير

والسبب أنه يعتبر كسباً غير مشروع كل مال منقول أو غير منقول أو حق منفعة في داخل اليمن أو خارجه يحصل عليه أي عضوا أو نائباً في البرلمان سواء لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الوظيفة العامة أو الصفة[7].

فضلاً عن ذلك تقوم الهيئة الوطنية العليا لمكافحة الفساد بدراسة وتقييم واقتراح تطوير نظم التوظيف وتقديمها للجهات المختصة للأخذ بها بغية تحقيق تعزيز مبدأ الشفافية في الوظيفة العامة ومنع تضارب المصالح بين الوظيفة العامة والقائمين بها مع

(1) كون واقعة التحقق من الثراء غير المشروع لا تعني أعضاء مجلس النواب لوحدهم سواء من كان موظفا ام غير موظفاً بل كذلك يتم التحقق من ذلك لكـــل الموظفين ممن شملتهم أحكام (م 60/هـــ، و) من قانون الانتخابات العامة

(2)(م 6 ) من القانون رقم (30) لسنة 2006م، بشأن الإقرار بالذمة المالية.

(3)(م 136) منه

(4) كوظيفة رئيس وأعضاء هيئة رئاسة مجلس النواب وأعضاء المجلس، رئيس الوزراء ونوابه وأعضاء مجلس الوزراء ونوابهم ومن في مستواهم (راجع) أحكام (م (م 4/أ/4/3) من القانون رقم (30) لسنة 2006م، مرجع سابق.

(5) د. محمد عباس محسن، مرجع سابق، ص381

(6) د. منصور صالح العواملة، شروط عضوية مجلس الأمة ومدى مشروعيتها بموجب قانون الانتخاب المؤقت لمجلس النواب رقم 2001/34م، وأحكام النّظام النّظام الأساسي "الدستور الأردني والمبادئ العامة" "دراسة مقارنة"، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد، 37 العدد 2010/1م، ص 14

(7)(م 5) من القانون رقم (30) لسنة 2006م، مرجع سابق.

وضع ضوابط وتحديد مدة زمنية بعد انتهاء خدمة الموظف العام لمنع ممارسته لأنشطة مهنية أو تجارية أو التحاقه بالعمل لدى القطاع الخاص إذا كان لذلك صلة مباشرة بالوظائف العامة لتحقيق مآرب شخصية غير مشروعة[1].

**3. وظيفة أو منصب فـــي الهيئات و المؤسسات والشركات العامة**

أخيراً؛ بالنسبة إلى إن غاية المشرع من منع انتخاب والمصالح والمؤسسات ويعني بها رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة المتفرغون في المؤسسات العامة والهيئات العامة وشركات الاقتصاد المختلط والشركات ذات الرأسمال العام ومؤسسات الحق العام ومديروها العامون في أية دائرة انتخابية مدة قيامهم بوظائفهم وخلال مدة زمنية تلي تاريخ استقالتهم وانقطاعهم فعلياً عن وظائفهم، هو في الواقع تفادي تسخير هؤلاء لمناصبهم ومراكزهم المرفقية المؤتمنين عليها وبالتالي استغلالها في سبيل تحقيق منفعة شخصية بعيدة عن الصالح العام المرفقي، تتمثل بالتأثير على الناخبين وعلى خيارهم الانتخابي عن طريق الخدمات التي تقدمها المؤسسات العامة التي يديرونها للحصول على عطف الناخبين وتأييدهم في العملية الانتخابية مما يخل بالمساواة بين مختلف المرشحين وبالتالي يعيب الانتخاب برمته. ذلك أن المؤسسات العامة والهيئات العامة وشركات الاقتصاد المختلط والشركات ذات الرأسمال العام ومؤسسات الحق العام المشمولة بهذا الحظر في الترشيح، تتولى كافة إدارة مرفق عام الذي هو في الواقع نشاط ذات نفع عام يهدف إلى تحقيق حاجة جماعية وتمارسه إحدى الجماعات العامة مباشرة أو يكون خاضعاً لرقابتها ويتمتع بمزايا السلطة العامة [2].

**الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على التنافي مع العضوية النيابية**

بناء على ما سبق فقد تستثنى النشاطات المؤقتة لأغراض إنسانية أو ثقافية أو علمية أو شرفية التي لا تؤثر على ممارسة العضوية النيابية وبعد موافقة المجلس على ذلك أو بتكليف من السلطات العليا في الدولة، أو مهمة مؤقته لصالح الدولة لا تتجاوز السنة كما في الجزائر[3]

أو وظيفة طبيب عام أو وظيفة أستاذ في الجامعة يؤدي محاضراته وفقاً لساعات محددة للعلة نفسها كما في الجزائر[4] واليمن واليمن بالنسبة لوظيفة أستاذ جامعي

أنه عند العودة إلى بعض النصوص المتعلقة بأعضاء هيئة التدريس بالجامعات نجد أن المشرع أجاز الجمع بين العضوية النيابية والعمل في الجامعات[5]، وبالتالي لا تعتبر هذه صورة أو حالة من حالات التنافي مع العضوية النيابية.

والسبب في ذلك يعود إلى أن منصب الأستاذ الجامعي لا يعتبر تابعاً تبعية رئاسية للسلطة التنفيذية، كونه لا يخضع لتوجيهات أو تعليمات إدارية، كما أنه ليس في منصب يتمتع بامتيازات السلطة العامة ومن ثم يخضع للغير، أما إذا تقلد منصب إداري كعميد جامعة أو عميد كلية يكون في حالة تنافي بسبب تبعيته للسلطة التنفيذية[1]

---

(1) (م 21/ج) من القانون رقم (39) لسنة 2006م، مرجع سابق.

(2) القاضي زياد أيوب، والقاضي كارل عيراني دليل قضاة مجلس شورى الدولة في الانتخابات النيابية، مشروع المساعدة الانتخابية اللبنانية للانتخابات النيابية 2003م التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي بالتعاون مع مجلس شورى الدولة، آذار 2013، ص35

(3) (راجع) أحكام (م 5) من القانــون العضوي رقم 2 ـــــــ 12 المؤرّخ في 18 صــفر عام 1433هـــ، الموافق 12 يــنــايــر ســــنة 2012 يــحـــدد حـــالات الـــتنـــافي مع العهدة البرلمانية، الجزائر.

(4) (راجع) أحكام المواد (8، 9، 13) منالقانون رقم 14/89 المؤرخ في 1989/8/8م المتضمن القانون الأساسي للنائب

(5) (راجع) أحكام (م 62/أ) من القرار الجمهوري رقم (32) لسنة 2007م بإنشاء اللائحة التنفيذية لقانون الجامعات اليمنية

والسؤال الذي يبرز نفسه هنا هل يُعد ذلك الاستثناء متناقضا مع ما قررته المادة (41) من الدستور بأن المواطنون جميعهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة.

### المطلب الثالث : إجراءات وآثار التنافي مع العضوية النيابية

في الحقيقة هو أن المشرع اليمني قد جعل من الوظيفة العامة عائقاً لكل من ينوى ترشيح نفسه من المواطنين للانتخابات النيابية وبالتالي لا يمكن لأحد منهم أن يحصل على العضوية وهو ما زال متمسكاً بوظيفته التي كان يشغلها قبل انتخابه، ومن ثم يصبح مخيراً بين العضوية أو تلك الوظيفة

لهذا فإن ما سار عليه المشرع اليمني أنه بإمكان أن يعين النائب أو عضو مجلس النواب في وظيفة عامة حينه يستوجب أن يتم إجراء انتخابات ملء المقعد او المقاعد الشاغــرة: للمقاعد التي خلت بسبب تعيين عضو المجلس في وظيفة عامة ولا ينطبق ذلك عند التعيين في عضوية مجلس الوزراء[2] بخلاف القانون رقم (1) لسنة 2006مبإصدار اللائحة الداخلية لمجلس النواب، الذي لم يجعل من حالة التنافي مع العضوية النيابية حالة من حالات خلو مقعد النائب[3]

كما لم يبين المشرع اليمني الإجراء الذي يكون على النائب الذي عين في وظيفة عامة أن يقوم به في حالة خلو مكانه في البرلمان أو شغور مقعده فيه بسبب ذلك هل يخير بين بقاءه كنائب في المجلس أم عليه أن يقدم استقالته إذا اختار الوظيفة التي عين فيه[4] أم ينتظر حتى يتم اتخاذ الإجراءات القانونية بإسقاط عضويته أم يعتبر مستقيلاً تلقائياً؟ أم ماذا؟

لهذا يُرى أن على النائب أن يقدم استقالته بسبب تعيينه في وظيف عامة، وأنه حال ما إذا ثبت أنه أي النائب يجمع بين العضوية والوظيفة العامة[5]؛ و لم يقد استقالته حينها، فإنه يتم الفصل في طلب إسقاط العضوية من قبل مجلس النواب وحده [6] وفقاً للشروط والإجراءات التي حددها المشرع [7] مع مراعاة الشروط التشريعات الأخرى النافذة[8]

---

(1) أحمد بنيني، الإجراءات الممهدة للعملية الانتخابية في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضرباتنة، كلية الحقــوق والعلــوم السياسية، قسم العلوم القانونية، الجزائر، 2006/2005، ص 207

(2) عندما عرفت (م 2/ث) من القانون رقم (13) لسنة 2001م بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء انتخابات ملء المقعد او المقاعد الشاغــرة علــى أنهــا الانتخابات التي يتم إجراؤها لملء مقعد او مقاعد شاغرة خلت بسبب الوفاة او الاستقالة او تعيين عضو المجلس في وظيفة عامة ولا ينطبق ذلك عند التعــيين في عضوية مجلس الوزراء

(3) (راجع) أحكام(م 197، 198) من القانون رقم (1) لسنة 2006م، مرجع سابق، و(م 78) من الدستور.

(4) حيث أجاز المشرع اليمني للعضو أو للنائب في مجلس النواب تقديم الاستقالة، رغم هذا إلا أنه لم يبين حالة واحدة أو صورة كسبب للاستقالة، وذلك حين (راجع) أحكام (م 196) من القانون رقم (1) لسنة 2006م، مرجع سابق.

(5) تنص (م 4/194) من القانون رقم (1) لسنة 2006م، مرجع سابق.

(6) (راجع) أحكام (م 193) من القانون رقم (1) لسنة 2006م، مرجع سابق.

(7) (راجع) أحكام (م 195) من القانون رقم (1) لسنة 2006م، مرجع سابق.

(8) كالقانون رقم (30) لسنة 2006م، مرجع سابق.

**الخاتمة :**

على الرغم من تبني المشرع اليمني حالات التنافي مع العضوية، إلا أن تنظيم ذلك لإجراءات إنهاء موانع الترشيح وعدم التنافي مع العضوية حال تحققه ووجوده قد شابه قصور النص الدستوري والفراغ التشريعي، فلم تتناول أحكام اللائحة الداخلية لمجلس النواب لعام ذلك بشكل مفصل وواضح ويحتاج إلى تنظيم تشريعي مفصل له.

كما إن مبدأ جواز الجمع بين العضوية والنيابية والوزارة، فضلاً مبدأ الاحتفاظ بالوظيفة لحين انتهاء فترة العضوية البرلمانية يضع مجلس النواب حتماً في دائرة التأثير المباشر من قبل السلطة التنفيذية.

لهذا نوصي المشرع اليمني لإعداد مشروع قانون يجمع كل حالات التنافي، ويضبطها بدقة، لتمكين البرلمان من الاطلاع "على المهام والوظائف التي يمارسها أعضائه، بالإضافة إلى وظيفتهم البرلمانية، وحمايته من الآثار السلبية التي تنجر عن تعارض مصلحة عضو البرلمان مع مهامه، وبيان إجراءاتها وآثارها على غرار ما هو موجود في بعض البلدان كدولة الجزائر مثلاً

كما نوصيه في التوسع في حالات التنافي مع العضوية النيابية من أجل ضمان الفصل العضوي بين السلطات إلى جانب الفصل الوظيفي، وبغية تمكين عضو البرلمان من التفرغ إلى مهامه البرلمانية وعلى رأسها التشريع والرقابة وتمثيل الشعب وبغية تمكين عضو البرلمان من التفرغ إلى مهامه البرلمانيةوعلى رأسها التشريع والرقابة وتمثيل الشعب

وبناء على ما سبق نقترح تعديل المادة (80) من الدستور لكي تصبح على النحو التالي: لا يجوز الجمع بين عضوية مجلس النواب وعضوية المجلس المحلي أو عضوية مجلس الشورى أو أي وظيفة عامة، كما نقترح إضافة مادة جديدة في الدستور على غرار المادة (136) منه

## قائمة المراجع

### أولاً: الكتب والمؤلفات العربية

1. د. جابر جاد نصار، أصول وفنون البحث العلمي، ط1، دار النهضة العربية.
2. د. صلاح الدين فوزي، المنهجية في إعداد الرسائل والأبحاث العلمية
3. د. ماهر جبر نضر، إمكانية الجمع بين وظيفة عضو الحكومة وممارسة الوكالة البرلمانية " دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والمصري"، سلسلة بحوث علمية محكمة، 1995م، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، دار النهضة العربية، القاهرة
4. القاضي زياد أيوب، والقاضي كارل عيراني دليل قضاة مجلس شورى الدولةفي الانتخابات النيابية، مشروع المساعدة الانتخابية اللبنانية للانتخابات النيابية 2003م التابع لبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي بالتعاون مع مجلس شورى الدولة، آذار 2013

### ثانياً: قائمة المجلات والدوريات المحكمة

1. . د. منصور صالح العواملة، شروط عضوية مجلس الأمة ومدى مشروعيتها بموجب قانون الانتخاب المؤقت لمجلس النواب رقم 2001/34م، وأحكام النّظام الأساسي "الدستور الأردني والمبادئ العامة" "دراسة مقارنة"، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلّد، 37، العدد 2010/1م
2. د. فيصل شنطاوي، حق الترشح وأحكامه الأساسية لعضوية مجلس النواب في التشريع الأردني، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 09، 2007م.

### ثالثاً: قائمة الرسائل والأطروحات

1. بن التركي جموعي، الحقوق السياسية للموظف العمومي في الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون إداري، الموسم الجامعي 3102-3102م
2. بن خليفة خالد، آلية الرقابة على العملية الانتخابية في الجزائر في ظل القانون العضوي رقم 01/12، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2015/2014م
3. سهام عباسي، ضمانات وآليا حماية حق الترشيح في المواثيق الدولية والمنظومة التشريعية الجزائرية، أطروحة دكتوراه دولة في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2014/2013
4. عصام أبو بكر فهمي، مبدأ التفرغ لعضوية البرلمان أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2008م

### رابعاً: المراجع الإلكترونية

1. أ. مراد ايت ساقل، منهجية القاضي الإداري في محاكمة مشروعية العملية الانتخابية. (راجع الشبكة الإلكترونية على الرابط التالي:
http://www.tarabat.ma/ar/recherches/02-Recherche.doc

### خامساً: قائمة التشريعات

1. دستور الجمهورية العربية اليمنية (الدائم) لعام 1970
2. دستور الجمهورية اليمنية لعام 1991م وتعديلاته للأعوام 1991م، 2001، 2009م
3. القانون العضوي رقم 2 ـــ 12 المؤرّخ في 18 صفر عام 1433هـ، الموافق 12 يناير سنة 2012 (الجزائر)
4. القانون رقم (1) لسنة 2006م بإصدار اللائحة الداخلية لمجلس النواب
5. القانون رقم (26) لسنة 2010م بتعديل القانون رقم (13) لسنة 2001م بشأن الانتخابات العامة والاستفتاء وتعديلاته بالقانون رقم (13) لسنة 2001م
6. القانون رقم (30) لسنة 2006م بشأن الإقرار بالذمة المالية
7. القانون رقم (31) لسنة 1999م بشأن تنظيم مهنة المحاماة
8. القانون رقم (39) لسنة 2002م بشأن اللائحة الداخلية لمجلس الشورى
9. القانون رقم (4) لسنة 2000 م بشأن السلطة المحلية
10. القرار الجمهوري بالقانون رقم (1) لسنة 1971م بشأن انتخابات أعضاء مجلس الشورى
11. القرار الجمهوري رقم (32) لسنة 2007مبإنشاء اللائحة التنفيذية لقانون الجامعات اليمنية

### سابعاً: المراجع الأجنبية

Julien Laferrière، Manuel de droit constitutionnel، Domat –Monchrestien، Paris، 1947، P. 669.

# النظام الأساسي لأعضاء المجلس الشعبي البلدي كركيزة أساسية لتجسيد الديمقراطية على المستوى المحلي

# The statute of the People's Municipal Council Members, as a fundamental basis for Democracy Implementation at the local level

**ط.د / فريد دبوشة**

**كلية الحقوق، جامعة الجزائر1**

**الملخص:**

يعتبر وجود نظام أساسي خاص بالمنتخب البلدي، يحتوي على مجموعة من الامتيازات والالتزامات، من شأنه أن يؤدي إلى الاهتمام أكثر بالوظيفة أو المهام المحلية وتقوية مسؤولية المنتخب، ويساعد على التفرغ للعمل الجماعي والقيام به على أحسن ما يرام، وإعطاء فعالية أكثر لمزاولة المهام النيابية وهذا ما يدعم اللامركزية ويرفع من مستوى الديمقراطية المحلية.

ومن أجل ضمان مشاركة واسعة في تشكيل المجلس المنتخب، أعطى المشرع تحفيزات تشجع على ممارسة العهدة الانتخابية، ويعتبر وجود نظام أساسي يحدد حقوق والتزامات المنتخب، من أولويات تجسيد الديمقراطية، لكن عند دراستنا لهذه الضمانات فإنها لا ترقى لنظام أساسي، لكونه لم يعالج كل ما يخص المنتخب من حقوق، كما أن هذه الحقوق والالتزامات، جاءت مشتتة بين النظام الأساسي لأعضاء المجلس الشعبي البلدي والنظام الأساسي لرئيس المجلس، خاصة وأنه لم يتطرق إطلاقا لعلاقة والتزام النائب اتجاه ناخبيه، واتجاه الحزب الذي رشحه.

**الكلمات المفتاحية:**البلدية،المهام التمثيلية،القانون الأساسي،المنتخب البلدي،الديمقراطية المحلية.

**Abstract :**

The presence of a statute for the People's Municipal Council Members , containing a set of privileges and obligations, that Would give more attention to job or local tasks,it is meant to strengthen the elect's responsibility and help him fully devote to teamwork and achieve it in the best way possible, it also gives more efficiency and performance in parliamentary assignments practice, this is what supports decentralization and raises the level of local democracy.

In order to ensure a wide participation in the elected council's constitution, the legislator gives an incentive that encourages the electoral mandate conduct.

The presence of a statute defining the elect's rights and obligations, is a priority for democracy Implementation. However, after studying these guarantees, It is to mention that it falls short of a statute,because it did not treat all the matters related to the elect's rights.those rights and obligations were fragmentrd between the statutes of the People's Municipal People's Council Members and Council's President, especially that it did not mention at all the elect's relationship and commitment towards his constituents, as well as towards the party that nominated him.

Keywords: Municipality, representational Assignments, basic law, Municipal Elect, local democracy

**مقدمة:**

يعتبر المورد البشري عصب وروح الإدارة بوجه عام، وتتزايد أهميته أكثر في المجالس المنتخبة خاصة المحلية منها،وهذا راجع لمجموعة الصلاحيات المنوطة بالمنتخب المحلي، خاصة وأنه يسعى إلى تحقيق التنمية المحلية وتمثيل أحسن للمواطن على المستوى المحلي[1]،لكن تحقيق هذه المهام يتطلب وجود نظام أساسي للمنتخب المحلي، يشجع ويحفز المنتخبين المحليين على أداء المهام التمثيلية على مستوى المجلس المنتخب.

إن تحديد ضمانات ممارسة المنتخبين المحلين لصلاحياتهم، يعتبر من أهم الضمانات التي توفر لمبدأ التمثيل أكبر قدر من الحرية والاستقلالية والحماية، إذ لا فائدة من وضع ضمانات دستورية وتشريعية تحمي نزاهة العملية الانتخابية، من أجل احترام إرادة المواطن في اختيار الأحسن لتمثيله[2]، كما أنه لا فائدة من توسيع العضوية في المجالس البلدية، وفتح مجالها أمام أكبر عدد من فئات المجتمع دون استثناء، بالإضافة إلى زيادة حجم المجالس حتى يكون تمثيل عادل وأكثر ديمقراطي، بل يجب كذلك وجود منتخبين قادرين على ترجمة هذه الضمانات بشكل جيد وفعال، وهذا عبر تلك الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها ممثلي المواطن على مستوى البلديات، والتي تشكل نظام أساسي للمنتخب المحلي.

ومنه فوجود نظام أساسي خاص بأعضاء المجالس الشعبية البلدية، خاصة ما يتضمنه من مجموعة التحفيزات (الامتيازات) والالتزامات، من شأنه إن يؤدي إلى الاهتمام أكثر بالوظيفة أو المهام المحلية، وتقوية مسؤولية المنتخب ويساعد على التفرغ للعمل الجماعي والقيام به على أحسن ما يرام، وإعطاء فعالية أكثر لمزاولة المهام النيابية وهذا ما يدعم اللامركزية ويرفع مستوى الديمقراطية المحلية[3].

ولقد تطرق قانون البلدية رقم 11-10 للنظام الأساسي لأعضاء المجلس الشعبي البلدي، من خلال تخصيص 09 مواد (من 37 إلى 45) لتوضيح النظام الأساسي للمنتخب البلدي، وهي نفس عدد المواد المخصصة لأعضاء المجلس الشعبي الولائي،كما تطرق قانون البلدية كذلك للنظام الأساسي لرئيس المجلس الشعبي البلدي، من خلال تخصيص 13 مادة كاملة (من 64 إلى 76).

ومن خلال هذه النصوص التي تضمنها قانون البلدية وبعض النصوص القانونية الأخرى،  يتضح لنا أن هذه الضمانات التي تشجع على ممارسة العهدة الانتخابية على مستوى البلدية، هي متعلقة بحقوق وامتيازات لصالح المنتخب المحلي، وكذلك الواجبات والالتزامات المفروضة على ممثلي المواطن على مستوى البلدية، تهدف كلها إلى تحفيز وتشجيع المشاركة السياسية في تكوين المجلس المنتخب، و كذلك الالتزام بالقيام بالمهام التمثيلية على أحسن وجه.

ومن أجل معالجة هذا الموضوع نطرح الإشكالية التالية:

---

[1] عادل ذبيح، تشكيل المجالس المنتخبة وأثره على عملها، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، ص306.

[2] منال بدر، مبدأ التمثيل في المجالس المحلية في التشريع الجزائري،"مبدأ التمثيل في المجالس المحلية في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر1، 2013-2014، ص112.

[3]Hassan OUAZZANI CHAHDI, Le statut de l'élu local à la lumière de la nouvelle charte communale du 3 octobre 2002,Actes des journées D'étude organisées par la REMALD, le 17 avril 2003 à la Faculté de Droit de Rabat-Agdal, et le 21 juin 2003 à la province de Benslimane, publications de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement, première édition,2003,p29.

**إذا كان التشريع الجزائري قد اتجه نحو تكريس نظام انتخابي يهدف إلى توسيع مشاركة المواطنين في تكوين وتركيبة المجلس الشعبي البلدي، فهل تمكّن المشرع من وضع نظام أساسي يحدد مجموعة الضمانات التي تشجّع المنتخب المحلي من ممارسة المهام التمثيلية، وكذلك تحديد الالتزامات التي تجعله يهتم بالوظيفة المحلية ويتحمل المسؤولية أمام ناخبيه، وهذا ما يدعّم اللامركزية ويرفع من مستوى الديمقراطية المحلية ؟.**

وللإجابة على هذه الإشكالية، قسمنا موضوع البحث إلى مبحثين رئيسيين، حيث خصصنا المبحث الأول، لتوضيح الضمانات المتعلقة بامتيازات ممثلي المواطن على مستوى المجالس البلدية والتي تشجع وتحفز على ممارسة المهام التمثيلية على مستوى البلدية، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الالتزامات الواقعة على المنتخب البلدي وهذا من خلال النظام الأساسي للمنتخب البلدي، هذا الأخير قد نص فقط على بعض الالتزامات ، بينما هناك التزامات أخرى جاءت متناثرة، سواء في قانون البلدية وحتى في قوانين أخرى.

## المبحث الأول: إمتيازات ممثلي المواطن على مستوى المجالس الشعبية البلدية تشجيعا لممارسة المهام التمثيلية.

بالرجوع لأحكام قانون البلدية وبعض المراسيم التطبيقية، نجد أنها كرست مجموعة من الحقوق والامتيازات التي تلازم صفة المنتخب البلدي وتشجيعه لممارسة وظيفته التمثيلية بكل فعالية، ويمكن أن نصنف هذه الحقوق، إلى حقوق مالية واجتماعية (المطلب الأول) وكذلك لحقوق فعالة للمنتخب في مواجهة الهيئة المستخدمة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الامتيازات المالية والاجتماعية الممنوحة للمنتخب البلدي.

من الضمانات المتعلقة بممارسة المهام التمثيلية على مستوى المجالس البلدية، والمساعدة على ممارستها، هي تلك الحقوق التي كرسها التشريع الجزائري، سواء فيما يتعلق بالجانب المالي والمتمثل في العلاوات والتعويضات الممنوحة للمنتخبين(الفرع الأول)، وكذلك الجانب الاجتماعي المتعلق بالضمان الاجتماعي والتقاعد المضمون لهم (الفرع الثاني) بالإضافة إلى الضمانات المقدمة للمنتخبين فيما يخص مسؤولية البلدية عن الأضرار التي تلحق أعضاء المجلس (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: التعويضات الخاصة بالمنتخبين البلديين.

إن الأصل في العهدة الانتخابية البلدية أنها مجانية، فهي مبنية على التطوع[1]، ويبدو الأمر طبيعيا مادام الأمر يتعلق بالنشاط السياسي، غير أنه وحتى لا يتحمل المنتخب مسؤوليات ثقيلة، وكذلك حتى لا تكون الوظيفة التمثيلية حكرا على طبقة غنية فقط[2]، نجد أن المشرع قد أقر بعض الاستثناءات، على اعتبار أن هناك أشخاص يتفرغون لتحمل أعباء البلديات، ولذلك وجب أن يحصلوا بالمقابل على تعويضات وعلاوات، تختلف بحسب إذا كان المنتخب يتفرغ كليا لأداء مهامه أو مجرد تعويضات لتغطية فترات انعقاد دورات المجلس[3].

---

[1] المادة 37 من قانون البلدية رقم 11-10، المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـــــــ22 يونيو 2011 ،المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد37 ،لـــــــ03 جويلية 2011 .

[2] صليحة ملياني ،"الوصاية الإدارية على المجالس الشعبية البلدية والولائية"، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن،2016. ص73.

[3] سعيدة خلفاوي- نصرالدين الأخضري،"مدى تفرغ المنتخب المحلي للعهدة النيابية"،مجلة دفاتر السياسة والقانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة،العدد 18، 2018، ص69.

وتطبيقا للمادتين 37و 76 من قانون البلدية، فقد صدر التنظيم المبين لتطبيق المادتين، وهذا عبر المرسوم التنفيذي رقم 13-91 المؤرخ في 25 فيفري 2013 المحدد لشروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم[1]، والذي ميز بين طائفتين من المنتخبين، وهم المنتخبين الدائمين وكذلك المنتخبين الغير دائمين.

فالمنتخبين الدائمين هم أعضاء المجلس والمتفرغين لأداء وظيفة التمثيل على مستوى البلدية، أي تركوا منصب عملهم الأصلي خلال مدة تعويضية، وتفرغوا لتمثيل المواطن، ويطلق على هذا الوضع بالانتداب، وفي هذا الإطار نصت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي السالف الذكر:" يعين النواب الذين يمكنهم مساعدة رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفة دائمة رؤساء اللجان الدائمة كأعضاء دائمين بناء على طلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي، بموجب قرار من الوالي"، وقد أكدت المادة الثالثة من نفس النص على أن فئة المنتخبين الدائمين تكون في وضعية انتداب من طرف الهيئة المستخدمة لهم طيلة مدة انتدابهم.

وقد حددت المادة 04 منه، فئة الأعضاء الدائمين والعلاوات الممنوحة لهم، وهم رئيس المجلس الشعبي البلدي ورؤساء اللجان الدائمة، الذين يمارسون مهامهم بصفتهم أعضاء دائمين، بالإضافة إلى المندوبين البلديين الخاصين، والذين يعينون بموجب مداولة للمجلس من أجل إدارة ملحقة إدارية تابعة للبلدية، وهذا من خلال أحكام المواد 139 إلى 138 من قانون البلدية.

وإذا كان المرسوم التنفيذي رقم 13-91 قد حدد طائفة المنتخبين الدائمين وكذلك العلاوات المقررة لهم عن الأجر الذي كانوا يتقاضونه في مؤسساتهم الأصلية، لكن هذه العلاوات مرتبطة إما بتنوع المهام المكلف بها العضو الدائم، وكذلك حجم المجلس الذي ينتمي له العضو.

وإذا كانت هذه التعويضات التي يتقاضها المنتخب أقل من الراتب أو الأجر الذي كان يتقاضاه في منصب عمله الأصلي، فقد أعطى المشرع ضمانات أخرى للمنتخب البلدي، وهي ضرورة أن تكون العلاوة، موافقة للراتب الذي كان يتلقاه من طرف الهيئة المستخدمة قبل انتخابه[2].

كما تجدر الإشارة إلى أن هذه الفئة تتقاضى كذلك تعويض المنطقة، المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 93-130 المؤرخ في 14 جوان 1913 والمتضمن ضبط قائمة المناطق التي تخول الحق في تعويض المنطقة، وقد حدد مبلغ العلاوات في المادة 06 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر رقم 13-91.

أما فئة المنتخبين غير الدائمين فهم أولئك الذين لا ينقطعون عن عملهم الأصلي، إذ يستمرون بالعمل مع حضور جلسات المجلس، واللجان باعتبارهم أعضاء فيها[3]، وفي هذا الإطار ألزم المشرع في قانون البلدية على ضرورة أن تدفع الهيئة المستخدمة أجر المنتخب غير الدائم، مقابل الوقت المخصص لأداء العهدة الانتخابية البلدية[4].

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 13-91، المؤرخ في 14 ربيع الثاني 1434 الموافق لــــــ25 فيفري 2013، يحدد شروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم، الجريدة الرسمية، العدد 12، المؤرخة في 16 ربيع الثاني 1434، الموافق لــــــ27 فيفري 2013، ص13.

[2] المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-91، المحدد لشروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم، نفس المرجع ، ص17.

[3] نور الهدى روبحي، "إصلاح نظام الجماعات الإقليمية:البلدية في إطار القانون 11-10" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر، 2012، ص31.

[4] المادة 38 في فقرتها الثالثة من قانون البلدية رقم 11-10، المرجع السابق، ص10.

وقد حدد التنظيم كيفية تطبيق المادة 38 السالفة الذكر من قانون البلدية عبر المرسوم التنفيذي 13-91 السالف الذكر، حيث تتحصل هذه الفئة على مصاريف التمثيل والتي نص عليها في المادة 08 في فقرتها الأولى: " يستفيد المنتخبون غير الدائمين

من علاوة شهرية للتمثيل تحدد كما يأتي:

10.000 دج بالنسبة لأعضاء المجالس الشعبية البلدية.

15000 دينار بالنسبة لأعضاء المجالس الشعبية الولائية".

وبالتالي يكون التشريع الجزائري قد ضمن لهذه الفئة مصاريف ممارسة العضوية المتضمنة في التنقل لحضور جلسات المجلس أو اللجان ، وبهذا يكون أكثر إنصافا من الجانب المالي بحصولهم على تعويضات ملائمة بدل من مجرد مصاريف التنقل أو تعويض التمثيل، خاصة وأن البلدية ملزمة على توفير هذه النفقات، وفي حال عجزها عن ذلك، فيجب على البلدية أن تطلب إعانة من السلطة العليا لتغطية هذه النفقات، وهذا عبر مداولة ترسل إلى وزير الداخلية مرفقة برأي الوالي، متضمنة إعانة تخصص لموازنة ميزانيتها[1]، وهذه كلها ضمانات ومحفزات مشجعة للالتحاق بالعهدة الانتخابية، حتى لا تصبح ممارستها مقتصرة على فئة غنية تستطيع تحمل نفقات العهدة التمثيلية.

**الفرع الثاني: الحماية عبر مسؤولية البلدية عن الأضرار التي تلحق أعضاء المجلس الشعبي البلدي.**

من أجل ممارسة المنتخب البلدي لعهدته النيابية على أكمل وجه وفي ظروف مواتية تسودها الطمأنينة والحرية في تمثيل المواطن على مستوى بلديته، فإنه يحتاج لحماية قانونية توفرها له البلدية طول عهدته التمثيلية[2] ، وهذا ما كرسه المشرع في قانون البلدية، إذ خص هذه الحماية عبر 05 مواد من المادة 144 إلى المادة 148، والتي جاءت تحت عنوان مسؤولية البلدية، وهذا على قانون البلدية السابق لسنة 1990 إذ كرس هذه المسؤولية في 07 مواد من المادة 139 إلى المادة 145.

وفي هذا الإطار ضمن المشرع في قانون البلدية حماية المنتخب البلدي، عبر تكريس المسؤولية المدنية للبلدية، عن أي خطأ يرتكبه سواء رئيس المجلس أو المنتخبون وحتى المستخدمون البلديون، وهذا في إطار ممارستهم لمهامهم التمثيلية أو بمناسبته[3]، غير أنه في حالة ثبوت ارتكاب الخطأ الشخصي، فإنه يمكن للبلدية رفع دعوى الرجوع أمام الجهة القضائية المختصة.

كما أكد المشرع في قانون البلدية على إلزامية حماية المنتخب البلدي من التهديدات والاهانات التي يتعرض لها سواء خلال ممارسة مهامه النيابية أو بمناسبتها، وهنا نلاحظ الفرق بين التشريع الحالي في المادة 146 والتي استعملت عبارة " تلزم "، بينما لو نرجع للتشريع السابق فقد استعمل مصطلح "يتعين" وهذا من خلال نص المادة 144 من قانون البلدية لسنة 1990.

وفي هذا الإطار ضمن المشرع للمنتخب تغطيت التعويضات الناجمة عن كل الحوادث التي يتعرض لها خلال ممارسة مهامه التمثيلية، وهذا عبر إلزام البلدية باتخاذ مداولة من طرف المجلس، تقر التعويض المستحق والعادل والمنصف، وهنا تجدر الإشارة

[1] المادة 09 -10 من المرسوم التنفيذي رقم 13-91، المحدد لشروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم، المرجع السابق، ص17.

[2] منال يدر، مبدأ التمثيل في المجالس المحلية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص126.

[3] المادة 148 من قانون البلدية رقم 11-10، المرجع السابق، ص21.

إلى أن قانون البلدية السابق وفي مادته 143، نجده لم يتطرق لإجبارية اتخاذ مداولة تقر بالتعويض، حيث حذفت هذه الفقرة وتم تكريسها في القانون الحالي.

**الفرع الثالث: الضمان الاجتماعي والتقاعد مضمون للمنتخبين البلديين.**

بالإضافة لما كرسه المرسوم التنفيذي المتعلق بشروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم، من تعويضات ممنوحة للمنتخبين سواء بصفتهم دائمين أو غير دائمين، فقد كرس كذلك ضمانة أو حماية أخرى متعلقة بالجانب الاجتماعي للمنتخب المحلي، وهو نظام الضمان الاجتماعي والتقاعد.

بالرجوع لأحكام المادة 11 من المرسوم التنفيذي 13-91، نجد أن المنتخبون المنتدبون يخضعون لنظام الضمان الاجتماعي والتقاعد الساري عليهم قبل انتخابهم، أي استمرارية الضمان الاجتماعي أثناء أداء عهدتهم الانتخابية، وهنا تكون مبالغ الاشتراك في كل من صندوق الضمان الاجتماعي وصندوق التقاعد، مقدرة حسب الراتب الأصلي تقع على عاتق المنتخب البلدي والجماعة المحلية.

أما في حالة إذا كان المنتخب لا يخضع لنظام الضمان الاجتماعي والتقاعد عند مباشرة مهامه النيابية، فإنه يستفيد من هذا النظام مباشرة بعد انتخابه وبدء عهدته التمثيلية، وهنا تحسب الاشتراكات وفق التعويضات الممنوحة لهم والتي نص عليها المرسوم التنفيذي السالف الذكر[1].

أما بالنسبة للمنتخبين المحليين المتواجدين في وضعية تقاعد قبل انتخابهم، فيمكن لهم الجمع بين منحة التقاعد في عملهم الأصلي، وكذلك التعويضات المنصوص عليها في إطار المرسوم التنفيذي 13-91، حيث لم يمنع التشريع هذا الجمع، وفي هذه الحالة يخضع صرف هذه التعويضات إلى نفس القواعد المتعلقة بالاقتطاعات القانونية.

بالإضافة إلى كل هذه الضمانات التي يتمتع بها المنتخب البلدي، والتي تشجعه على ممارسة المهمة النيابية على أحسن وجه، فإن المشرع كذلك أعطى ضمانات جد فعالة للمنتخب في مواجهة الهيئة المستخدمة، وهذا في حالة إذا كانت المنتخب لديه وظيفة أصلية سابقة على ممارسة العهدة الانتخابية، وهذا ما نتناوله في الفرع الثاني من هذه الدراسة.

## المطلب الثاني: ضمانات فعّالة للمنتخب البلدي في مواجهة الهيئة المستخدمة.

لقد أعطى المشرع الجزائري سواء في قانون البلدية أو بعض النصوص الأخرى، ضمانات هامة للمنتخب البلدي في مواجهة الهيئة المستخدمة من أجل ممارسة فعلية للمهام التمثيلية، وهذا في حالة إذا كان المنتخب لديه وظيفة ما يمارسها، فهنا تدخل المشرع ليقر ضمانات وامتيازات تمكن ممثل المواطن من التوفيق بين مهمته الأصلية وممارسة الوظيفة النيابية[2]، وهذا عبر سماح الهيئة المستخدمة للمنتخب بالتغيب لممارسة مهام عهدته الانتخابية (الفرع الأول)،وكذلك ضمان عودة المنتخب لمنصب عمله الأصلي بعد انتهاء عهدته النيابية (الفرع الثاني).

[1] المادة 12 في فقرتها الأولى والثانية من المرسوم التنفيذي رقم 13-91، المحدد لشروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم، المرجع السابق، ص17.

[2] التعليمة الوزارية المشتركة رقم 06 المؤرخة في 28 أكتوبر 2013، التي تحدد كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 13-91، المحدد لشروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم.

**الفرع الأول: إلزام المشرع الهيئة المستخدمة بالسماح لمستخدميها الأعضاء في المجالس بالتغيب لممارسة وظائفهم النيابية.**

لقد سبق وأن أشرنا بأن هناك صنفين من المنتخبين البلديين،الصنف الأول يتعلق بالمنتخبين الدائمين، الذين يمارسون وظائفهم النيابية بصفة دائمة ومتفرغين لها، فهم يعتبرون في حالة انتداب[1] لأنهم تركوا وظائفهم الأصلية لمدة العهدة، وهناك صنف ثان يتعلق بالمنتخبين الغير دائمين، فهم لا ينقطعون عن عملهم الأصلي، إذ يستمرون في ممارسة وظائفهم بالإضافة إلى حضور جلسات المجلس ولجانه.

وهنا أقر المشرع في قانون البلدية لهذه الفئة، عدة ضمانات حتى يمكن للمنتخب أن يوفق بين وظيفته وممارسة العهدة الانتخابية، حيث نجد أن المشرع قد ألزم الهيئة المستخدمة بالسماح لمستخدميها الأعضاء في المجالس بالتغيب عن عملهم الأصلي، من أجل ممارسة وظائفهم التمثيلية، وقد نصت المادة 38 في فقرتها الأولى والثانية من قانون البلدية:" يجب على لمستخدمين منح مستخدميهم، الأعضاء في مجلس شعبي بلدي، الوقت الضروري لممارسة عهدتهم الانتخابية.

يعتبر الاستدعاء لأشغال المجلس ودورات التكوين المنظمة لصالح المنتخبين مبررا للغياب".

وبالتالي يعتبر منح رخص التغيب للمنتخبين من بين الامتيازات الهامة لممارسة وظيفة التمثيل بكل فعالية، وتمكن المنتخب من التوفيق بين مهمته الأصلية ووظيفة التمثيل، كما أن هذه الحقوق تجعل النائب يمارس مهامه بكل حرية وطمأنينة، بما أنه محصن من كل طرد أو فسخ لعقد العمل في حالة التغيب عن عمله لحضور جلسات المجلس واللجان ودورات التكوين المنظمة لصالحه[2].

غير أن إلزام المشرع الهيئة المستخدمة بمنح رخص التغيب لمستخدميه، قابله غياب أي جزاء يطبق على المستخدم في حالة مخالفة هذه الالتزامات الواقعة عليه، وهذا ما يؤدي إلى إمكانية التملص من هذه الالتزامات من طرف المستخدم، لتأثيرها السلبي على مردودية العمل[3].

هذا كله بالإضافة إلى أن المشرع في قانون البلدية، وعبر نص المادة 38 في فقرتها الثالثة، نجده قد ألزم كذلك المستخدم بدفع أجرة المنتخب الغير دائم، مقابل الوقت المخصص لأداء العهدة، علما أن قانون البلدية السابق لسنة 1990، قد نص صراحة على عدم إلزام المستخدم بدفع أجر الوقت المخصص لأداء العضوية، بل كانت البلدية ملزمة بدفعها[4]، وهذا بنص المواد 11 و12 من المرسوم التنفيذي رقم 463/91 المحدد لشروط إنتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم[5].

**الفرع الثاني: ضمانات كفيلة بعودة المنتخب البلدي لمنصب عمله الأصلي بعد انتهاء مدة عهدته النيابية.**

يتمتع المنتخبون الدائمون أي المنتدبون الذين يتفرغون تماما للعمل في المجلس ويتركون مناصب عملهم طوال العهدة النيابية، وقد تمتد في حالة إعادة انتخابهم مرة أخرى،إلى ضمانة أخرى في مواجهة الهيئة المستخدمة ، وهي تتعلق بحق عودة المنتدب لممارسة عهدة نيابية في المجلس الشعبي البلدي إلى منصب عمله الأصلي.

---

[1] نور الهدى روبحي،المرجع السابق،ص32.

[2] المادة 12 في فقرتها الأولى والثانية من المرسوم التنفيذي رقم 13-91، المحدد لشروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم، المرجع السابق، ص13.

[3] حلفاوي سعيدة- الاخضري نصر الدين،المرجع السابق،ص69.

[4] صليحة مليباني،المرجع السابق،ص75.

[5] المادة 28 من القانون 90-08، المؤرخ في 07 أفريل 1990،المتعلق بالبلدية،الجريدة الرسمية، العدد 15،المؤرخة في 11 أفريل 1990.

وإذا كان قانون البلدية لم يتطرق لهذه الحماية، غير أن هناك نصوص تشريعية أخرى قد تناولت هذه الضمانة، وبالرجوع للقانون العام للوظيفة العمومية[1] ومن خلال المادة 138 منه قد نصت صراحة على ضرورة إدماج الموظف في سلكه الأصلي، عند انقضاء مدة انتدابه في المجلس بقوة القانون، حتى ولو كان زائدا عن العدد.

وهو نفس الأمر تناوله كذلك قانون العمل رقم 90-11[2] في مادتة 64 والتي جاءت تحت عنوان تعليق علاقة العمل، ومن بين أسباب تعليق هذه العلاقة هو ممارسة مهمته الانتخابية، وقد أكدت المادة 65 منه على إيعاد إدراج العمال المشار إليهم في المادة 64 أعلاه، قانونا في مناصب عملهم أو في مناصب ذات أجر مماثل، بعد انقضاء الفترات التي تسببت في تعليق علاقة العمل.

وهي نفس المادة مكرسة في القانون رقم 78-12 المتضمن القانون الأساسي للعامل[3] حيث نصت المادة 65 منه: "يستفيد كل عامل تحرر من وظائفه المهنية لممارسة وظائف انتخابية، من الحق في إعادة دمجه في المنصب الذي كان يشغله سابقا أو في منصب يكون على الأقل مماثلا له يضمن له مرتبا يساوي على الأقل ما كان يتقاضاه في المنصب الذي كان يشغله قبل انتخابه، مع مراعاة تطور الرقم الاستدلالي الخاص بهذا المنصب والترقية الكبر موافقة له، المرتبطة بالأقدمية".

وفي هذا الإطار نجد أن المشرع الجزائري قد ساير التشريعات المقارنة، ومنها التشريع الفرنسي الذي أكد على حق إعادة المنتخب للعمل أو في منصب مماثل لهذه الفئة لكن في حالة تعددت العهدات الانتخابية، فإن حق الإعادة يسقط ويحل محله حق الأولوية في العمل المناسب[4].

وهنا الاختلاف مع المشرع الجزائري، لأن المادة 136 من قانون الوظيفة العمومية وإن قيدت الانتداب بخمس سنوات كحد أقصى، إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة قد أوردت استثناءات تخص حالة الانتداب لممارسة العهدة النيابية وعدم تقيدها بمدة خمس سنوات كفترة انتداب، وهنا يمكن للمنتخب ترشيح نفسه لعهدة نيابية أخرى مع ضمان حق الانتداب، وبالتالي حق العودة للمنصب.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ضمن للمنتخب البلدي ممارسة عهدته النيابية بكل حرية وطمأنينة، خاصة فئة المنتدبين الذين يتركون مناصب عملهم ويتفرغون لمهام تمثيل المواطن، حيث خصهم بضمانات في مواجهة الهيئة المستخدمة،من خلال حقهم في العودة لمنصبهم الأصلي بعد انتهاء عهدتهم، بالإضافة إلى حق التغيب والمتعلق بفئة المنتخبين الغير دائمين.

وبالتاي نجد أن الضمانات التي اقرها التشريع في مواجهة الهيئة المستخدمة تعتريها بعض النقائص، إذ نجد أن المشرع ألزم الهيئة المستخدمة بمنح رخص التغيب لمستخدميه، لكن قابله غياب أي جزاء يطبق على المستخدم في حالة مخالفة هذه الالتزامات الواقعة عليه، وهذا ما يؤدي إلى إمكانية التملص من هذه الالتزامات من طرف المستخدم، بالإضافة إلى أن المشرع في قانون

---

[1] الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006، والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 46،المؤرخة في 16 جويلية 2006، ص03.

[2] القانون 90-11 المؤرخ في 11 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل ،المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية، العدد 17،المؤرخة في 15 افريل1990،ص562.

[3] القانون رقم 78-12، المؤرخ في 01 رمضان 1398 الموافق لــــــ05 أوت 1978، يتضمن القانون الأساسي العام للعامل، الجريدة الرسمية، العدد 32، المؤرخة في 04 رمضان 1398 الموافق لـــــــ08 أوت 1978،ص728.

[4] نجلاء بوشامي،"المجلس الشعبي البلدي في ظل قانون البلدية 90-08:أداة للديمقراطية:المبدأ والتطبيق"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة،2007-2008، ص96.

البلدية، وعبر نص المادة 38 في فقرتها الثالثة، نجده قد ألزم كذلك المستخدم بدفع أجرة المنتخب الغير دائم، مقابل الوقت المخصص لأداء العهدة، علما أن قانون البلدية السابق لسنة 1990، قد نص صراحة على عدم إلزام المستخدم بدفع أجر الوقت المخصص لأداء العضوية، بل كانت البلدية ملزمة بدفعها.

وبالتالي توصلنا من خلال هذا المبحث المتعلق بامتيازات أعضاء المجالس الشعبية البلدية في ممارسة مهامهم التمثيلية، إلى أن هنالك نقائص عديدة محيطة بالنظام الأساسي لأعضاء المجلس الشعبي البلدي، وهذا ما وقفنا عليه من خلال آراء بعض المنتخبين المحليين، وتقييمهم للنظام الأساسي للمنتخب المحلي، إذ نجد أن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية برهوم بولاية المسيلة، قد أكد على أن أعضاء المجالس الشعبية البلدية لا يتمتعون بنظام أساسي محفز على ممارسة المهام التمثيلية، والرفع من مردودية المنتخب المحلي[1].

كما نجد أن رئيس لجنة الصيد والصحة بالمجلس الشعبي الولائي لولاية المسيلة، قد أكد على أن النظام الأساسي للمنتخبين غير كاف، وليس له تطبيق على أرض الواقع، باعتبار أن الإدارة لن يرضيها الاهتمام أكثر بامتيازات المنتخبين المحليين، حتى تتحكم فيهم أكثر وتقلص من مبادراتهم المحلية[2].

بعد ما تناولنا كل هذه الامتيازات المشجعة على ممارسة العهدة الانتخابية البلدية والنقائص المحيطة بها، وهذا من خلال الضمانات المكرسة في مواجهة البلدية أو في مواجهة الهيئة المستخدمة، يجب كذلك التطرق للالتزامات الواقعة على المنتخب البلدي، وهذا ما نعالجه في المبحث الموالي من هذه الدراسة.

## المبحث الثاني: التزامات المنتخب البلدي:" اهتمام المشرع بامتيازات المنتخب البلدي دون الالتزامات أفرغ النظام الأساسي من محتواه".

سبق وأن اشرنا إلى الضمانات والتحفيزات التي مست القانون الأساسي للمنتخب البلدي، وهذا من خلال الامتيازات المالية والاجتماعية، وكذلك الحقوق الهامة للمنتدب الممارس لوظيفة التمثيل في مواجهة الهيئة المستخدمة، وبالتالي فهذه الحماية تضمن وتشجع ممارسة العهدة الانتخابية، وكذلك تحسين عمل الوظيفة التمثيلية، وهذا ما يفسح المجال الواسع أمام العديد من الفئات لدخول غمار التمثيل المحلي.

غير أن تقلد مهام انتخابية مع كل هذه الضمانات، يجب أن تقابلها التزامات وواجبات تقع على عاتق المنتخب البلدي، إلا أنه بالرجوع للنظام الأساسي للمنتخب والمتضمن في قانون البلدية، نجده قد تضمن نقائص كبيرة، لأنه لم يعالج كل ما يخص المنتخب البلدي خاصة فيما يتعلق بالتزاماته، فنجد أن هذا النظام الأساسي قد نص فقط على بعض الالتزامات (المطلب الأول) بينما هناك التزامات أخرى جاءت متناثرة، سواء في قانون البلدية وحتى في قوانين أخرى (المطلب الثاني).

[1] عادل ذبيح، المرجع السابق، ص430.
[2] عادل ذبيح، نفس المرجع ، ص430.

**المطلب الأول: الالتزامات المشتتة بين القانون الأساسي للمنتخب والقانون الأساسي لرئيس المجلس الشعبي البلدي.**

بالرجوع لقانون البلدية، وخاصة للقانون الأساسي للمنتخب أو القانون الأساسي الخاص برئيس المجلس الشعبي البلدي، نجده قد أكد على التزامين جد هامين، ويتعلق الأمر بالالتزام بأداء العمل النيابي والتفرغ له (الفرع الأول) وكذلك الالتزام بالتكوين وتحسين المستوى (الفرع الثاني) والتزام رئيس المجلس الشعبي البلدي بالإقامة بإقليم البلدية(الفرع الثالث) والاستقالة التلقائية المترتبة عن غياب المنتخب البلدي عن دورات المجلس الشعبي البلدي(الفرع الرابع).

**الفرع الأول: تفرغ المنتخبين الدائمين للعمل النيابي.**

يقع على عاتق المنتخب المحلي مسؤوليات جسام، تدعوه إلى أن يكرس فكره وجهده لأداء تمثيلي أفضل، مستبعدا في ذلك على كل ما يتعارض وأداء مهامه بكل شفافية ونزاهة، ولأن هذه المسألة لو تركت لرغبة المنتخبين لما أتت كلها، مما جعل المشرع يتدخل لتنظيم عمل المنتخبين المحليين، حتى لا تتعارض وطبيعة المهام الانتخابية، وهذا عبر مبدأ تفرغ المنتخب المحلي لأداء مهامه التمثيلية.

فهذه المهام الدستورية تقتضي من كل عضو دائم في المجلس أن يتفرغ لها لأهميتها القصوى من جهة، ولكونها المهمة الوحيدة التي يتحمل مسؤوليتها أما ناخبيه وحزبه والمجلس في حد ذاته[1]، وبالرجوع لقانون البلدية، فقد حدد صفته الأعضاء الواجب تفرغهم للعهدة الانتخابية، حيث ميز بين التفرغ الكلي للعهدة والتفرغ الجزئي لها[2]، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 72 منه والتي جاءت تحت عنوان رئيس المجلس الشعبي البلدي والقانون الأساسي الخاص به، وإذا نصت: " يتفرغ رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته دائمة لممارسة عهدته الانتخابية".

بالإضافة إلى نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91/13 المحدد لشروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم، والتي حددت فئة الأعضاء الدائمين في المجلس وهم رئيس المجلس الشعبي البلدي وكذلك نوابه ورؤساء اللجان الدائمة باعتبارهم أعضاء في المجلس وكذلك المندوبون البلديون، كما حدد المرسوم السالف الذكر منحا مالية تسد حاجات المنتخبين، من أجل أداء مهام على أكمل وجه، وكإجراء الواجب التفرغ للمهام التمثيلية.

بينما يبقى باقي الأعضاء ممارسين لمهامهم الاعتيادية، بالإضافة إلى ممارسة العهدة الانتخابية، وهنا منحهم المشرع ضمانات، عبر إلزام الهيئة المستخدمة بمنح المنتخبين الوقت الضروري لممارسة مهامهم التمثيلية، بالإضافة إلى أن الاستدعاء لأشغال المجلس

ودراسات التكوين المنظمة لصالح المنتخب المحلي هي مبررا للغياب وبالتالي فاستعمال المشرع لمصطلح "الوقت الضروري" يدل على التفرغ الجزئي لأشغال المجلس الشعبي البلدي[3].

وما يؤكد على أهمية التمثيل المحلي ووجوب التفرغ لمهام الانتخابية من أجل ضمان استمرارية سير موفق البلدية، ففي حالة إذا ما تعرض أحد أعضاء المجلس لفقدان صفته العضوية، فقد ألزم قانون البلدية على ضرورة استخلافهم، وهذا من أجل تفادي بقاء الدائرة الانتخابية دون تمثيل، وتفاديا لتعطيل مصالح المواطنين.

---

[1] نور الهدى روبحي ، المرجع السابق ،ص35.

[2] منال بدر، مبدأ التمثيل في المجالس المحلية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص132.

[3] خلفاوي سعيدة- الاخضري نصر الدين،المرجع السابق،ص65.

وبالتالي نظم قانون البلدية، كيفية الاستخلاف، والتي جاءت تحت عنوان القانون الأساسي للمنتخب البلدي، فقد أكد على أنه في حالة وفاة المنتخب أو استقالته أو إقصائه أو حصول مانع قانوني له فإنه يتم استخلاف العضو المنتخب بالمرشح الذي يلي مباشرة آخر منتخب في المجلس من نفس القائمة، وهذا في أجل لا يتجاوز الشهر، عن طريق قرار من طرف الوالي[1].

أما عن استخلاف رئيس المجلس الشعبي البلدي، فقد تم تحديده عبر القانون الأساسي الخاص برئيس المجلس، حيث أكدت على أن استخلاف رئيس المجلس الشعبي البلدي المتوفي أو المتخلي عن المنصب أو محل مانع قانوني خلال عشرة(10) أيام على الأكثر، حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 65 أعلاه[2].

وبالرجوع لأحكام المادة 65 من قانون البلدية، فإن عملية استخلاف رئيس المجلس الشعبي البلدي تكون مثل طريقة فوز المترشح من أجل العضوية في المجلس، وهذا من خلال متصدر القائمة المتحصلة على أغلبية الأصوات، وفي حالة تساوي الأصوات يعلن المرشحة أو المرشح الأصغر سنا.

أما نائب رئيس المجلس فيتم استخلافه بنفس طريقة اختياره، وهذا حسب ما تنص عليه المادة 70 في فقرتها الثانية:" يتم استخلاف نائب الرئيس المتوفي أو المستقيل أو المقصى أو الممنوع قانونا حسب نفس الأشكال." أي يتم اختياره من طرف رئيس المجلس، والمصادقة عليه بالأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الشعبي البلدي[3].

غير أن النص لم يحدد المدة اللازمة لاستخلاف نائب الرئيس، وقد يدل مصطلح "حسب نفس الأشكال"، أي الرجوع للمادة 70 في فقرتها الأولى، عندما حددت أجل 15 يوم من تنصيب رئيس المجلس، لكي يعرض قائمة المنتخبين الذين اختارهم لشغل وظائف نواب الرئيس للمصادقة عليها بالأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الشعبي البلدي.

**الفرع الثاني: التزام أعضاء المجلس الشعبي البلدي بمتابعة دورات التكوين وتحسين المستوى.**

لقد اتضح أن نسبة كبيرة من أعضاء المجالس الشعبية البلدية ليس لديها مستوى معرفي أو مؤهلات علمية تسمح لها بالتسيير الحسن لشؤون البلدية[4]، رغم المهام المتعددة الممنوحة لهم وفي شتى المجالات، حيث اشتهروا بجهلهم للكتابة والقراءة وهو ما أثر

على مستوى الخدمة المحلية وعلى حسن تمثيل المواطن[5].

وقد تعالت الأصوات المطالبة بإدراج شرط الكفاءة والمستوى التعليمي في قانون الانتخابات، وهناك من طالب أيضا بإدراج فئة تكون معينة وليست منتخبة على مستوى المجالس، للرفع من الكفاءة، أي تطعيم عنصر المنتخب في المجلس، تطعيما جزئيا بكفاءات فنية[1].

---

[1] المادة 71 من قانون البلدية رقم 11- 10، المرجع السابق، ص13.

[2] المادة 70 في فقرتها الأولى من قانون البلدية رقم 11- 10، نفس المرجع، ص13.

[3] حلفاوي سعيدة- الاخضري نصر الدين،المرجع السابق،ص69.

[4] في إطار الانتخابات المحلية التي جرت في 23 نوفمبر 2017، فقد صرح وزير الداخلية والجماعات المحلية على أن 26 بالمئة من الفائزين بالعضوية في المجالس الشعبية البلدية، لديهم مستوى ابتدائي ومتوسط، أما الذين لديهم مستوى ثانوي فبلغت النسبة 36 بالمئة ،أما أصحاب الشهادات الجامعية فكانت عضويتهم في المجالس البلدية بنسبة 38 بالمئة.ـــأنظر حبيبة حمودي- راضية شايب،26 بالمئة من الفائزين بمستوى ابتدائي ومتوسط،جريدة النهار،العدد 3098، يوم 25 نوفمبر2017، ص03.

[5] نلاحظ أن عددا من الدول العربية تشترط قوانينها المتعلقة بالانتخابات المحلية، ضرورة أن يكون المترشح لعضوية هذه المجالس، أن يجيد القراءة والكتابة على الأقل، فنجد أن قانون البلديات اللبناني الصادر بالمرسوم رقم 118 بتاريخ 30 جوان 1977، اعتبر أن الذي لا يعرف القراءة والكتابة ليس أهلا للترشح لعضوية المجالس البلدية، أما في التشريع المصري فيشترط أن يجيد المترشح القراءة والكتابة، في حين ذهب نظام المجالس البلدية في السعودية الصادر في 2014، إلى اشتراط مستوى ثانوي من أجل الترشح لعضوية المجلس البلدي.أنظر كمال جغلاب، "الإدارة المحلية وتطبيقاتها،الجزائر-بريطانيا-فرنسا-دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2017، ص128.

غير أن المشرع الجزائري ظل محتفظا بمبدأ فسح المجال الواسع للالتحاق بالوظيفة التمثيلية، دون حكرها على فئة دون أخرى، لكنه حاول التخفيف من حدة هذه المطالب المنادية بضرورة وضع شرط المستوى التعليمي في النصوص التشريعية، إلى تكريس صريح ولأول مرة، بالنص صراحة على شرط الالتزام بمتابعة دورات التكوين وتحسين المستوى من طرف كل المنتخبين المحليين، من أجل تطوير أداء المنتخب.

وفي هذا الإطار نصت المادة 39 من قانون البلدية على أنه:" يلزم المنتخب البلدي بمتابعة دورات التكوين وتحسين المستوى المرتبطة بالتسيير البلدي المنظمة لصالحه" ،وحتى يتمكن أعضاء المجلس خاصة الغير دائمين منهم من مزاولة نشاطاتهم الأصلية، وكذلك ممارسة مهامه التمثيلية خاصة فيما يتعلق بمتابعة التكوين، فقد أقر المشرع في قانون البلدية على أن الوقت المخصص لدورات التكوين، هو مبررا للغياب مثله مثل أشغال اللجان والمجلس[2]، غير أنه ما يؤخذ على المشرع أنه لم ينص على تحديد الأجر إذا كان مدفوعا خلالها أو غير مدفوعا من طرف المستخدم[3].

وقد عملت وزارة الداخلية في إطار العهدة الحالية إلى تنظيم دورات تكوينية للمنتخبين المحليين[4]، خلال الثلاثي الأول من سنة 2018، تخص مجالات الصفقات العمومية، تسيير الموارد البشرية، الحالة المدنية، أدوات التعمير، النظافة،المالية المحلية،الاتصال، برامج التنمية المحلية، مخططات تنظيم التدخلات والإغاثة، التضامن ما بين البلديات، المنازعات الإدارية، الديمقراطية التشاركية، وكل المجالات التي لها علاقة بتسيير الجماعات المحلية وهذا كله قصد ترقية قدرات أعضاء المجالس الشعبية البلدية.

ولكن ورغم فوائد هذه الدورات التكوينية بغية سد نقص الكفاءات لدى المنتخبين في تسيير شؤون البلدية، إلا أن هذه العملية طرحت إشكالات كبيرة، بسبب النقص القانوني في تأطيرها، خاصة فيما يتعلق بطبيعة التكوين ومدته والمواضيع المتناولة ومقرات التكوين البعيدة عن مقرات المجالس البلدية[5]، مما يؤدي إلى تعطيل أعمال المجلس الشعبي البلدي، وزيادة النفقات.

خاصة رؤساء المجالس الذين تجبرهم دورات التكوين على التنقل خارج إقليم البلدية، خاصة للولايات البعيدة عن العاصمة[6]، مما يؤثر على حسن سير البلدية مع العلم أن قانون البلدية لم ينص على أي جزاء أو آثار قانونية مترتبة على عدم التزام المنتخب البلدي بمتابعة دورات التكوين[7]، وهذا ما قد يؤدي إلى تهاونه وعدم المواظبة عليها، خاصة في ظل بعد مراكز التكوين، وهنا من الواجب تأطير هذا الالتزام بنصوص واضحة.

---

1 نور الهدى روبحي،المرجع السابق،ص45.

2 المادة 38 في فقرتها الثانية من قانون البلدية رقم 11- 10، المرجع السابق، ص10.

3 نور الهدى روبحي،نفس المرجع ،ص34.

4 وإذا كانت المجالس الشعبية الولائية هي كذلك جماعات إقليمية، غير أن المشرع وفي قانون الولاية على عكس قانون البلدية، نجده لم ينص تماما على واجب متابعة دورات التكوين وتحسين المستوى بالنسبة لأعضاء المجالس الشعبية الولائية، بالرغم من أن شروط العضوية في هذه المجالس، هي نفسها في المجالس البلدية، خاصة مثل عدم اشتراط المستوى التعليمي.أنظر منال يدر، مبدأ التمثيل في المجالس المحلية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص132. وكذلك:صليحة رمضاني،المرجع السابق،ص77.

5 في هذا الإطار نجد أن وزارة الداخلية والجماعات المحلية قد قامت بداية من 2018، بتكوين رؤساء المجالس الشعبية البلدية للعهدة الحالية، في المراكز الوطنية لتكوين مستخدمي الجماعات المحلية(بشار،وهران، ورقلة،الجلفة، قسنطينة) بالإضافة للمدرسة الوطنية للإدارة، وهذا طيلة ثمانية أسابيع.

6 عطاء الله خضرون،"المركز القانوني للمنتخب المحلي"،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2015- 2016،ص110.

7 منال يدر، مبدأ التمثيل في المجالس المحلية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص134.

**الفرع الثالث: التزام رئيس المجلس الشعبي البلدي بالإقامة بإقليم البلدية.**

من أجل التفرغ التام لممارسة مهام العهدة الانتخابية على مستوى البلدية، ألزم قانون البلدية رقم 11-10 رؤساء المجالس الشعبية البلدية، بضرورة الإقامة بإقليم البلدية التي انتخبوا فيها[1]، وهذا حتى يضمن اتصال دائم مع المواطنين والاضطلاع الفعلي بالمهام المخولة لهم، إذ نصت المادة 63 منه:" يجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يقيم بصفته دائمة وفعلية بإقليم البلدية، وفي الحالات الاستثنائية، يمكن الوالي الترخيص بغير ذلك".

وبالتالي وبالنظر إلى أن مرفق البلدية من أهم وأقرب المرافق للمواطن، وذلك لطبيعة هذه المرافق وخصوصية الخدمات التي يقدمها لهم[2]، فإن رئيس المجلس هو مسخر دائما وملزما بالتواجد بإقليم البلدية، خاصة إذا كانت هنالك ظروف تستدعي تدخله لإيجاد حلول وكذلك طلب المساعدة من السلطات الوصية.

غير أن المشرع في نفس المادة أورد استثناءا على التزام رئيس المجلس بالإقامة بالبلدية التي انتخب فيها، وهو إمكانية الرئيس بالإقامة خارج إقليم البلدية، وذلك بترخيص من الوالي في حالات استثنائية، ولكن هنا المشرع لم يوضح الحالات التي تمنع رئيس المجلس الشعبي البلدي من بالإقامة بالبلدية، وتجعل الوالي يرخص له بالإقامة خارجها، وهذا ما أدى إلى عدم احترام هذا الالتزام وتطبيقه على أرض الواقع[3].

**الفرع الرابع: الاستقالة التلقائية المترتبة عن غياب المنتخب البلدي عن دورات المجلس الشعبي البلدي.**

تلتزم القوانين المتعلقة بالجماعات المحلية، المنتخب البلدي بتأدية مهامه النيابية على خير وجه وأن يكرس جهده ووقته في القيام بواجبات العهدة الانتخابية، فيحافظ على التواصل مع سكان البلدية الذين حاز ثقتهم، وتمثيلهم والتعبير عن مشاكلهم وإيصال مطالبهم[4]، كما يفترض فيه الحضور لدورات المجلس العادية والاستثنائية حتى يكون ملما بأمور مواطني البلدية، ويجسد تطلعاتهم.

وبالرجوع لأحكام نص المادة 45 من قانون البلدية، فقد أكدت على ضرورة حضور المنتخب لدورات المجلس، حيث نصت:" يعتبر مستقيلا تلقائيا من المجلس الشعبي البلدي، كل عضو منتخب تغيب بدون عذر مقبول لأكثر من ثلاثة (3) دورات عادية خلال نفس السنة.في حالة تخلف المنتخب عن حضور جلسة السماع رغم صحة التبليغ يعتبر قرار المجلس حضوريا. يعلن الغياب من طرف المجلس الشعبي البلدي بعد سماع المنتخب المعني، ويخطر الوالي بذلك".

وأهم ما يلاحظ على نص هذه المادة، هو أن المشرع قد خص المنتخب الولائي بحالة التخلي عن العهدة من خلال نص المادتين 43 و66 من قانون الولاية، أما المنتخب البلدي فقد خصته بحالة الاستقالة التلقائية، وذلك رغم أن شروط تحقق كل منها هو متعلق بحالة الغياب الغير مبرر لثلاث دورات عادية خلال نفس السنة، وهنا المشرع قد استثنى الدورات الغير عادية، وبالتالي غيابها لا يعتبر ضمن التخلي أو الاستقالة التلقائية.

[1] منال بدر، مبدأ التمثيل في المجالس المحلية في التشريع الجزائري، نفس المرجع، ص133.

[2] ناصر لباد،"الوجيز في القانون الإداري"،دار المجدد للنشر والتوزيع،الطبعة الرابعة، سطيف،الجزائر،2004،ص 204.

[3] عطاء الله خضرون،"المرجع السابق،ص113- 114.

[4] كمال جعلاب، المرجع السابق، ص 158.

كما نلاحظ أن المشرع في قانون البلدية قد أعطى ضمانة للمنتخب البلدي[1] دون المنتخب الولائي، حيث أنه وقبل إقرار الاستقالة التلقائية، في حالة تخلف المنتخب عن حضور جلسة السماع رغم صحة التبليغ، يعتبر قرار المجلس حضوريا، ثم بعدها يتم إعلان الغياب من طرف المجلس بعد سماع المنتخب المعني ويخطر الوالي بذلك.

**المطلب الثاني: التزامات المنتخب البلدي المتناثرة في قانون البلدية وبعض النصوص التشريعية الأخرى.**

بالإضافة إلى كل هذه الالتزامات التي تم النص عليها سواء في النظام الأساسي للمنتخب أو لرئيس المجلس الشعبي البلدي، نجد أن هناك نصوص أخرى تضمنها قانون البلدية تحمل التزامات على عاتق المنتخب المحلي (الفرع الأول) وكذلك التزامات أخرى لم يتضمنها قانون البلدية، مثل الالتزامات بالتصريح بالممتلكات والتي نص عليها المؤسس الدستوري في تعديل 2016، ولأول مرة في التشريع الجزائري (الفرع الثاني)، ليتأكد جليا أن النظام الأساسي المعتمد في قانون البلدية، يجب مراجعته لأنه مشتت بين عدة نصوص قانونية، وهذا على عكس بعض التشريعات المقارنة التي وضعت نظام أساسي متكامل وموحد، يخص كل أعضاء المجلس المنتخب، ومن بينهم ورئيس المجلس الشعبي البلدي.

**الفرع الأول: التزام المنتخب بعدم حضور مداولة تتعارض فيها مصالحة مع مصالح البلدية.**

إذا كان المشرع قد ألزم المنتخبين البلديين بالحضور لدورات المجلس وأعماله ورتب آثارا على الالتزام بهذه الواجبات، من خلال التخلي عن المنصب أو الاستقالة التلقائية، فهناك حالات استثنائية تمنع المنتخب من حضور بعض المداولات، أو أن يتخذ موقفا تحفظيا بانسحابه من الجلسة، وهذا في حالة ما إذا كان موضوع المداولة يجعل المنتخب في وضعية تعارض مصالح مع البلدية التي يمثلها، سواء باسمه الشخصي أو زوجه أو أصوله أو فروعه إلى الدرجة الرابعة أو كوكيل وفي حالة مخالفة هذا الالتزام تكون المداولة باطلة، ويثبت بطلانها بموجب قرار معلل من طرف الوالي[2].

كما ألزم المشرع في نفس المادة، على أنه من واجب كل عضو في المجلس إذا كان في وضعية تعارض مع مصلحة البلدية، أن يصرح بذلك لرئيس المجلس، أما في حالة إذا كان رئيس المجلس هو من يتعارض مع مصلحة البلدية، فإنه من واجبه إعلان ذلك للمجلس الشعبي البلدي[3].

كما تطرق النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي إلى نقطة مهمة لم يتطرق لها قانون البلدية، وهي متعلقة بتنفيذ المداولات والمنازعات المتعلقة بها، حيث ألزم هذا النص رئيس المجلس أو أي عضو من الهيئة التنفيذية للبلدية، إذا كان في وضعية تعارض مصالح مع البلدية عند تنفيذ مداولة ما، أن يتخذ موقفا تحفظيا بتجنب التدخل شخصيا في تنفيذها[4].

وفي حالة وجود منازعة أمام القضاء حول هذه المداولة، فإنه يجب على رئيس المجلس أو العضو المعني أن يمتنع عن تمثيل البلدية أمام القضاء، وهنا يقوم المجلس بتعيين ممثلا عن البلدية من بين نواب الرئيس، وإذا استحال ذلك من بين الأعضاء الآخرين للدفاع عن مصالح البلدية أمام الجهات القضائية.

---

[1] وإذا كانت حالة الاستقالة التلقائية لم يتم النص عليها في قانون 90-08، غير أنه بالرجوع لأول قانون ينظم البلدية عن طريق الأمر 67-24، والمعدل والمتمم بالقانون 81- 09، ومن خلال نص المادة 90 منه، فقد أكدت على أن كل تخلف لأعضاء المجلس عن تلبية ثلاث دعوات دون سبب مشروع، وبعد تقديم توضيحات عن ذلك، يعلن استقالة العضو من طرف الوالي،لكن هنا المشرع أعطى ضمانات لعضو المجلس، وهي حق اللجوء للقضاء والدفاع عن حقه، وهذا عن طريق طعن يقدمه خلال أجل 10 أيام بعد تبليغه أمام المحكمة المختصة.

[2] المادة 60 في فقرتها الأولى من قانون البلدية رقم 11- 10، المرجع السابق، ص12.

[3] المادة 60 في فقرتها الثالثة والرابعة من قانون البلدية رقم 11- 10، نفس المرجع، ص12.

[4] المادة 30 في فقرتها الأولى من المرسوم التنفيذي 13-105، المتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، المرجع السابق، ص13.

**الفرع الثاني: التزام المنتخب البلدي بالتصريح بممتلكاته أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته": إلتزام دستوري".**

قصد ضمان تجسيد مبدأ الشفافية في الحياة السياسية والإدارية، وشفافية ونزاهة العهدة الانتخابية المحلية، وضمانا للحفاظ على الممتلكات العمومية[1]، وصون كرامة الأشخاص المكلفين بالخدمة العمومية ومن بينهم أعضاء المجالس الشعبية البلدية فإنه يقع على عاتقهم واجب التصريح بممتلكاتهم[2].

وإن لم ينص قانون البلدية على هذا الالتزام، غير أنه أصبح مبدأ دستوريا[3]، كرس لأول مرة في التعديل الدستوري لسنة 2016 من خلال مادته 223 والتي نصت:" لا يمكن أن تكون الوظائف أو العهدات في مؤسسات الدولة مصدرا للثراء، و لا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة.

يجب على كل شخص يعين في وظيفة سامية في الدولة، أو ينتخب في مجلس محلي، أو ينتخب أو يعين في مجلس وطني أو في هيئة وطنية، أن يصرح بممتلكاته في بداية وظيفته أو عهدته وفي نهايتها.

يحدد القانون كيفيات تطبيق هذه الأحكام".

وبالرجوع لأحكام القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[4]، فقد أكد على ضرورة قيام المنتخب بالتصريح بممتلكاته خلال أجل شهر من بداية عهدته الانتخابية، كما يجدد هذا التصريح فور كل زيادة معتبرة في ذمته المالية، وبالإضافة إلى ضرورة التصريح كذلك بممتلكاته عند نهاية العهدة الانتخابية.

أما المقصود بالممتلكات التي يصرح بها المنتخب المحلي، فقد حددتها المادة 02 من نفس القانون في فقرتها التاسعة، فهي الموجودات بكل أنواعها، سواء كانت مادية أو غير مادية، منقولة أو غير منقولة، ملموسة أو غير ملموسة، والمستندات أو السندات القانونية التي تثبت ملكية تلك الموجودات، أو وجود الحقوق المتصلة بها، كما يحتوي التصريح الذي يدلي به المنتخب المحلي، على جرد للأملاك العقارية والمنقولة التي يحوزها أو لأولاده القصر، ولو في الشيوع، سواء كانت في الجزائر أو في الخارج[5]، ويقدم التصريح بالممتلكات من طرف رؤساء المجالس المحلية المنتخبة أمام الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، ويكون محل

[6]نشر وتعليق في لوحة الإعلانات بمقر البلدية في أجل شهر[7].

---

[1] عطاء الله خضرون،"المرجع السابق،ص110.

[2] منال بدر، مبدأ التمثيل في المجالس المحلية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص136.

[3] وفي إطار اليوم الدراسي المتعلق بإشكالات التصريح بالممتلكات يوم 09 ديسمبر 2018 بالعاصمة، أكد رئيس الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته،على ضرورة تعديل القانون 06-01 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، حتى يتكيف مع مقتضيات التعديل الدستوري لسنة 2016، كما تطرق أيضا إلى موضوع التصريح بالممتلكات، حيث أكد على أن الهيئة تستقبل عددا معتبرا من التصريحات، يتكون من 54000 تصريح خاص بالمنتخبين المحليين، وما يزيد عن 6000 تصريح للموظفين الساميين.انظر محمد سيدمو،"بالموازاة مع العمل على تعديل قانون 2006 تنظيم جديد لهيئة مكافحة الفساد قريبا"،جريدة الخبر،العدد 9074،الصادر في 10 ديسمبر 2018،ص02.

[4] القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 02 أوت 2011، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في 10 أوت 2011.

[5] المادة 04 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،المرجع السابق،ص05.

[6] المادة 06 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،نفس المرجع ،ص06.

[7] المادة 02 في فقرتها التاسعة من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ،نفس المرجع ،ص05.

غير أن ما يمكن ملاحظته، هو أن القانون السالف الذكر في مادته الخامسة التي ألزمت المنتخب بالتصريح بممتلكاته شخصيا، ولأولاده القصر، غير أن النص لم يشر إلى الأموال التي تحوزها زوجات المنتخبين المحليين، وهذا ما يؤدي إلى تحايلهم بسبب الفراغ القانوني الوارد في النص[1]، خاصة وأن المنشور رقم 2013/002 المحدد لإجراءات التصريح بممتلكات أعضاء ورؤساء المجالس المحلية، لم يشر إطلاقا لهذه النقطة[2]،كما أن المرسوم الرئاسي رقم 06-414 المتعلق بنموذج التصريح بالممتلكات لم يتناول هذه الحالة[3].

وإذا كانت المادة 06 في فقرتها الثانية قد ألزمت المنتخبين المحليين بوجوب نشر ممتلكاتهم في لوحة الإشهار الخاصة بالبلدية أو الولاية، غير أن تطبيقها عمليا في الواقع منعدم، إذ لابد من وجود رقابة على هذا الإجراء وضرورة النص على جزاءات في حالة عدم نشر وإشهار التصريح بالممتلكات خلال أجل شهر[4].

وفي حالة عدم قيام المنتخب المحلي بالتصريح بممتلكاته بعد مضي شهرين من تذكيره بالطرق القانونية أو أنه قام بالتصريح لكنه تصريح غير كامل أو خاطئ، أو أدلى عمدا بملاحظات خاطئة أو حرف عمدا الالتزامات التي يفرضها القانون، فإنه تترب عليه عقوبات جزائية، تصل إلى الحبس من 06 أشهر إلى 05 سنوات، وغرامة مالية من 50.000 دج إلى 500.000 دج[5].

ومن خلال دراستنا لامتيازات أعضاء المجالس الشعبية البلدية والتي تحفزهم على ممارسة مهام التمثيل على المستوى المحلي، وكذلك للالتزامات التي يخضع لها المنتخبون المحليونن من ضمان تمثيل أحسن للمواطن والتكفل بانشغالاته، نجد أن المشرع الجزائري قد تطرق لعناصر ذات العلاقة بالنظام الأساسي للمنتخب المحلي في قانون البلدية رقم 11-10، وبعض المراسيم التنظيمية، غير أنها كانت متناثرة ، ومشتتة بين عدة نصوص قانونية[6]، إذ لا توحي بأن المشرع قد اهتم أساسا بوضع نظام أساسي لأعضاء المجلس الشعبي البلدي، وهنا ضرورة إدراج هذه المسألة ضمن الإصلاحات المتعلقة باللامركزية والديمقراطية المحلية[7].

---

[1] أمال يعيش تمام،"التصريح بالممتلكات كآلية وقائية للحد من ظاهرة الفساد الإداري في الجزائر"، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الدولي الخامس عشر حول الفساد الإداري ومكافحته في الدول المغاربية، المنعقد يومي 13-14 أفريل 2015، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، مجلة الحقوق والحريات،العدد 02، مارس 2016، ص510.

[2] المنشور رقم 2013/002 المحدد لإجراءات وكيفيات التصريح بممتلكات أعضاء ورؤساء المجالس المحلية الصادر من طرف وزير الداخلية والجماعات المحلية في 15 ماي 2013.

[3] المرسوم الرئاسي رقم 06-414، المؤرخ في أول ذي القعدة عام 1427 الموافق لـــــــ 22 نوفمبر 2006، يحدد بنموذج التصريح بالممتلكات، الجريدة الرسمية، العدد 74، الصادرة في 22 نوفمبر 2006،ص 20.

[4] عطاء الله حضرون،المرجع السابق،ص112.

[5] المادة 36 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته،نفس للمرجع ،ص10.

[6] عبد المجيد سلامة، النظام القانوني للمنتخب المحلي في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2018-2019، ص14.

[7] فريد دبوشة،"إشراك المواطن في صنع القرار على المستوى المحلي:من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، العدد 02، 2018،ص55.

**خاتمة:**

من خلال ما سبق، اتضحت التحفيزات المشجعة على ممارسة الوظيفة التمثيلية على مستوى المجالس الشعبية البلدية عبر النظام الأساسي للمنتخب،سواء فيما تعلق بالجانب المالي أو الاجتماعي، وكذلك فيما يخص حقوق المنتخب في مواجهة الهيئة المستخدمة، غير أن كل هذه الضمانات لا ترقى لنظام أساسي، لأنه جاء مشتتا بين النظام الأساسي للمنتخب، ولرئيس المجلس الشعبي البلدي، كما أنه لم يعالج كل ما يخص المنتخب البلدي خاصة التزاماته اتجاه ناخبيه واتجاه الحزب الذي رشحه للعضوية في المجلس المنتخب.

وهنا يجب على المشرع تحديد دقيق لعلاقة المنتخب المحلي بالحزب الذي ينتمي إليه، خاصة ما تمت ملاحظته خلال الانتخابات المحلية الأخيرة في 2017، إذ مباشرة بعد إعلان النتائج، هناك عدد كبير من المنتخبين غيّروا الحزب الذي ترشحوا باسمه، هذه النقطة تمت معالجتها من طرف المؤسس الدستوري في إطار التعديل الدستوري لسنة 2016، لكن فيما يتعلق بأعضاء البرلمان فقط وليس كل المجالس المنتخبة، وهذا ما أكدت عليه أحكام المادة 117 منه، من خلال تجريد كل منتخب في المجلس الشعبي الوطني أو في مجلس الأمة من عهدته الانتخابية في حالة تغيير الانتماء الذي أُنتخب على أساسه.

بالإضافة إلى عدم اهتمامه بفئة كبيرة كالأجراء وأصحاب المهن الحرة، خاصة وأن هذه الفئة لا تملك امتيازات في مهنتها الأصلية، بالإضافة إلى النقص القانوني المؤطر لالتزام المنتخبين بدورات التكوين وتحسين المستوى، فيما يخص الآثار المترتبة على عدم الالتزام بهذا الإجراء، وكذلك التناقض الموجود من خلال عدم النص على هذا الإجراء بالنسبة لأعضاء المجالس الشعبية الولائية.

وبالتالي تنتظر المؤسس الدستوري والمشرع ورشة إصلاحات كبيرة للنهوض باللامركزية، من خلال ضرورة الاهتمام بالجماعات المحلية على مستوى النصوص الدستورية، عبر تكريس الاستقلالية وحرية المبادرة لأعضاء المجالس الشعبية البلدية، بالإضافة إلى الاهتمام أكثر بالنظام الأساسي للمنتخبين المحليين، وما يتضمنه من حقوق والتزامات تحفز المنتخبين على الاهتمام بالمهام التمثيلية، وضمان السير الحسن لأعمال المجلس الشعبي البلدي.

# قائمة المراجع


## المراجع باللغة العربية:

### الكتب:

**1**- صليحة ملياني ،"الوصاية الإدارية على المجالس الشعبية البلدية والولائية"، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن،2016.

**2**- كمال جغلاب، "الإدارة المحلية وتطبيقاتها،الجزائر-بريطانيا-فرنسا-دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2017

**3**- ناصر لباد،"الوجيز في القانون الإداري"،دار المجدد للنشر والتوزيع،الطبعة الرابعة، سطيف،الجزائر،2004.

### النصوص القانونية:

### القوانين العادية:

**1**- القانون رقم 16-01، المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لــــــــ06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد، 14 لـــــــ27 جمادى الأولى 1437 الموافق لــــــــ07 مارس 2016.

**2**- القانون رقم 78-12، المؤرخ في 01 رمضان 1398 الموافق لـــــــ05 أوت 1978، يتضمن القانون الأساسي العام للعامل، الجريدة الرسمية، العدد 32، المؤرخة في 04 رمضان 1398 الموافق لـــــــ08 أوت 1978.

**3**- القانون 90-08، المؤرخ في 07 أفريل 1990،المتعلق بالبلدية،الجريدة الرسمية، العدد 15،المؤرخة في 11 أفريل 1990.

**4**- القانون 90-11 المؤرخ في 11 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل ،المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية، العدد 17،المؤرخة في 15 افريل1990.

**5**- القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 02 أوت 2011، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في 10 أوت 2011.

**6**- قانون البلدية رقم 11-10، المؤرخ في 20 رجب عام 1432 الموافق لـــــــ22 يونيو 2011 ،المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية، العدد37 ،لــــــ03 جويلية 2011 .

### الأوامر:

1- الأمر 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006، والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 46،المؤرخة في 16 جويلية 2006.

### المراسيم الرئاسية:

**1**- المرسوم الرئاسي رقم 06-414، المؤرخ في أول ذي القعدة عام 1427 الموافق لــــــ 22 نوفمبر 2006، يحدد بنموذج التصريح بالممتلكات، الجريدة الرسمية، العدد 74، الصادرة في 22 نوفمبر 2006.

### المراسيم التنفيذية:

**1**- المرسوم التنفيذي رقم 13-91، المؤرخ في 14 ربيع الثاني 1434 الموافق لـــــــ25 فيفري 2013، يحدد شروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم، الجريدة الرسمية، العدد 12، المؤرخة في 16 ربيع الثاني 1434، الموافق لـــــــ27 فيفري 2013.

**2**- المرسوم التنفيذي 91-463، المؤرخ في 03 ديسمبر 1991، المتعلق بتحديد شروط انتداب المنتخبين المحليين، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 63، المؤرخة في 07 ديسمبر 1991.

**3**- المرسوم التنفيذي رقم 13-105، المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1434 الموافق لــــــ17 مارس 2013، يتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، الجريدة الرسمية، العدد 15، لــــــ05 جمادى الأولى عام 1434 الموافق لــــــ17 مارس 2013.

**التعليمة و المنشور:**

**1**- التعليمة الوزارية المشتركة رقم 06 المؤرخة في 28 أكتوبر 2013، التي تحدد كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 13-91، المحدد لشروط انتداب المنتخبين المحليين والعلاوات الممنوحة لهم.

**2**- المنشور رقم 2013/002 المحدد لإجراءات وكيفيات التصريح بممتلكات أعضاء ورؤساء المجالس المحلية الصادر من طرف وزير الداخلية والجماعات المحلية في 15 ماي 2013.

**رسائل الدكتوراه:**

**1**- عادل ذبيح، تشكيل المجالس المنتخبة وأثره على عملها، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، 2018-2019.

**2**- عبد المجيد سلامة، النظام القانوني للمنتخب المحلي في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2018-2019.

**مذكرات الماجستير:**

**1**- عطاء الله حضرون،"المركز القانوني للمنتخب المحلي"،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام،كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2015- 2016.

**2**- منال يدر، مبدأ التمثيل في المجالس المحلية في التشريع الجزائري،"مبدأ التمثيل في المجالس المحلية في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر1، 2013-2014.

**3**- نجلاء بوشامي،"المجلس الشعبي البلدي في ظل قانون البلدية 90-08:أداة للديمقراطية:المبدأ والتطبيق"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة،2007-2008.

**4**- نور الهدى روبحي ، "إصلاح نظام الجماعات الإقليمية:البلدية في إطار القانون 11-10" مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الجزائر، 2012.

**المقالات:**

**1**- الحسن الوزاني الشاهدي،ا لنظام الأساسي للمنتخب المحلي على ضوء الميثاق الجماعي الجديد، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية،سلسلة مواضيع الساعة،العدد 44، لسنة 2003.

**2**- سعيدة خلفاوي- نصرالدين الأخضري،"مدى تفرغ المنتخب المحلي للعهدة النيابية"،مجلة دفاتر السياسة والقانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة،العدد 18، 2018.

**3**- فريد دبوشة،"إشراك المواطن في صنع القرار على المستوى المحلي:من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، العدد 02، 2018.

**الملتقيات:**

1- أمال يعيش تمام،"التصريح بالممتلكات كآلية وقائية للحد من ظاهرة الفساد الإداري في الجزائر"، مداخلة ألقيت بمناسبة الملتقى الدولي الخامس عشر حول الفساد الإداري ومكافحته في الدول المغاربية، المنعقد يومي 13-14 أفريل 2015، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، مجلة الحقوق والحريات،العدد 02، مارس 2016.

**الجرائد اليومية:**

**1**- محمد سيدمو،"بالموازاة مع العمل على تعديل قانون 2006 تنظيم جديد لهيئة مكافحة الفساد قريبا"،جريدة الخبر،العدد 9074،الصادر في 10 ديسمبر 2018.

**2**- حبيبة حمودي- راضية شايب،26 بالمئة من الفائزين بمستوى ابتدائي ومتوسط،جريدة النهار،العدد 3098، يوم 25 نوفمبر2017.

**المراجع باللغة الفرنسية:**

1- Hassan OUAZZANI CHAHDI, Le statut de l'élu local à la lumière de la nouvelle charte communale du 3 octobre 2002,Actes des journées D'étude organisées par la REMALD, le 17 avril 2003 à la Faculté de Droit de Rabat-Agdal, et le 21 juin 2003 à la province de Benslimane, publications de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement, première .édition,2003

# الواقع العملي لنظام التصويت في مجلس النواب العراقي

## The practical reality of the voting system in the Iraqi Representatives Council

م.د. وائل منذر البياتي _ كلية التربية الأساسية–الجامعة المستنصرية
م.د. عمر نهاد قسم القانون– كلية

الحكمة الجامعة

**الملخص:**

تعتبر السلطة التشريعية من اهم مؤسسات الدولة باعتبارها الجهة التي تشرع القوانين المنظمة لحياة الافراد داخل المجتمع، باعتبارها تنوب عن الشعب صاحب السيادة، وبما ان مجلس النواب هو مؤسسة منبثقة عن الارادة الحرة للافراد الناخبين، وتكتسب مصداقيتها من خلال ثقتهم بها، فينبغي ان تعبر عن رغباتهم وتطلعاتهم بمختلف الاتجاهات،لضمان الاستقرار في مؤسسات الدولة واستمراريتها، واذا كان مجلس النواب سيد نفسه عند تشريعه للقوانين وممارسته مهامه الرقابة، الا ان ذلك لا يعني عدم وجود ضابطة لذلك، حيث ينبغي على المجلس احترام الأغلبية المنصوص عليها في الدستور، وان تتحقق هذه الأغلبية من خلال التصويت الحر داخله، وان تتم عملية حساب الاصوات والاعلان عنها بشفافية عالية ودون تحريف أو تغيير، باعتبار ذلك مفتاح للديمقراطية الحقيقية الواجب احترامها من كافة السلطات بحكم مسؤولياتها الدستورية.

**الكلمات المفتاحية:** مجلس النواب العراقي ، النظام الداخلي لمجلس النواب ، الأغلبية البسيطة ، المسؤولية السياسية، نصاب جلسات المجلس ، المعارضة البرلمانية، الديمقراطية التوافقية، هيئة رئاسة مجلس النواب، التصويت، عرف دستوري .

**Abstract :**

The legislative authority is one of the most important institutions of the state as the body that legislates the laws governing the lives of individuals within society and as a representative of the sovereign people. Since the Council of Representatives is an institution that stems from the free will of the electorate and gains its credibility through their trust express their wishes and aspirations in various directions, to ensure stability in the institutions of the state and continuity it should, and if the Council of Representatives acts upon its own free will when legislating the laws and exercising its functions of oversight, but that does not mean the it is not subject to regulations. The Council should respect the majority stipulated in the Constitution. This majority is achieved through free vote within the council votes counting and announcement should be highly- transparent and will shout any manipulation or change, being the key to real democracy that should be respected by all authorities by virtue of their constitutional responsibilities

**Key words :** Iraqi Representatives Council, Internal Regulation of Representatives Council, simple majority, political responsibility, parliamentary opposition, Consensus democracy , presidium of the Representatives Council, votes, constitutional custom

## المقدمة

مجلس النواب احد الهيئات السياسية في الدولة وممثل لشعبها ومصدر اماله وتطلعاته في المجالين التشريعي للقوانين والرقابي على السلطة التنفيذية، في انجاز الصياغة التشريعية القويمة، وتحقيق الرقابة السياسية الفاعلة التي ممكن أن يحتذى بها كنموذج في دول العالم.

وبهذا المنطلق يقع على المجلس برئيسه ولجانه ونوابه مسؤولية جمّة كممثلين للشعب تفرض عليهم تحقيق ما يصبو اليه في كلا المجالين وفقا وبناءً على نظام التصويت الامثل الذي يحقق فعلا ثقله ووزنه التشريعي الرئيس في الدولة ودوره الرقابي الفاعل.

## أهمية البحث

الوقوف على نظام التصويت في مجلس النواب العراقي من الناحيتين الشكلية والموضوعية عن طريق معرفة آليات اتخاذ القرارات بالنسبة للتشريعات أو للرقابة السياسية وفقاً لنصاب انعقاد جلسات المجلس ونصاب اتخاذ القرارات.

ولهذا الأمر أهمية خاصة من حيث بيان شكل وموضوع واجراء التصويت الذي يحقق عمل المجلس بشكل فاعل من جهة، ويعكس رغبات الناخبين وجماهير الشعب الحقيقية في المجالين التشريعي والرقابي من جهة اخرى.

## إشكالية البحث

البحث عن اجوبة لتساؤلات هي، معرفة مدى مطابقة الواقع العملي لجلسات المجلس وهل يتطابق مع نصوص الدستور شكلاً وموضوعاً في ظل نصاب جلسات التصويت ؟ وهل أن مجموع عدد الحاضرين يمثل رقماً كافياً من اجل التصويت على القوانين وتحقيق الرقابة السياسية الفاعلة ام لا؟

وهل أن سير جلسات المجلس دون تحقيق النصاب القانوني المطلوب يؤدي فعلاً إلى الموافقة على مشروعات القوانين المقدمة من الحكومة أو من أعضاء المجلس وصياغة القوانين التي تنجزها اللجنة القانونية في المجلس ام لا؟ وبالتالي هل أن هذا الاجراء يمثل عرفاً دستورياً ام هو عمل نيابي بمقتضى احكام الدستور؟

## فرضية البحث

تتمثل فرضية البحث بان نظام التصويت المعمول به داخل مجلس النواب حالياً لا يتوافق مع الارادة الحقيقية لنواب المجلس كونه عملياً قد انحرف عن الغرض الموضوع لاجله وتحول الى اداة للتحكم في تمرير القرارات داخل المجلس بالاعتماد على الاتفاقات الحاصلة خارج قبة البرلمان دون الالتفات الى الارادة الحقيقية للنواب .

## منهج البحث

يتخذ بحثنا هذا من المنهج الوصفي التحليلي (منهج دراسة حالة) طريقاً له في تحقيق الانجاز المتواضع، في ضوء الكتابات الموجودة في هذا المجال مع التحليل المبسط من قبل الباحثين في ظل الحالة الراهنة لمجلس النواب العراقي وآلية عمله الحقيقية.

## المبحث الأول: التنظيم الدستوري لمجلس النواب وطبيعة مهامه

يعمل مجلس النواب ضمن اطار اساسي عام،هو دستور جمهورية العراق لسنة 2005، الذي ينظم ماهيته وتكوينه وطبيعة مهامه واختصاصاته، تاركا التفاصيل الخاصة بالمجلس للنظام الداخلي الخاص به.

ووفقا لما تقدم فأن السلطة التشريعية في العراق باعتبارها هيئة تباشر احد مظاهر سيادة الشعب من خلال مجلس النواب الذي هو احد السلطات الثلاث في الدولة وفق منظومة المؤسسة الدستورية العامة، وهو مستقل في عمله هذا عن الناخبين الذين اختاروا أعضاءه وعن السلطات الأخرى[1].

واما طبيعة مهام مجلس النواب فتتمثل في المسؤوليات الملقاة على عاتقه من حيث الاختصاصات الدستورية التي يباشرها ووفقاً للنظام الداخلي للمجلس ذاته، حيث أنه من الحقائق الثابتة في مجال القانون العام أن الهدف من اقامة أو تكوين المجالس النيابية هو تشريع القوانين والرقابة السياسية؛ من اجل أن تكون معياراً لممارسة سلطة المجلس الثنائية تمييزاً لها وافراداً عن السلطتين التنفيذية والقضائية ووفق أسس الحياة الديمقراطية السليمة[2].

وفي هذا المجال إذا كان الدستور قد حدد وبشكل عام تنظيم هذا المجلس وطبيعة مهامه، فأنه لا يخفى أهمية الواقع البيئي الموجود فيه ذلك الدستور وكيفية تكوين المجلس عبر هذا الدستور نفسه، معنى هذا أن قدرة المجلس على ممارسة اختصاصاته يحددها كل من الدستور والنظام الداخلي وفقاً للظروف المكانية والزمانية والعوامل السياسية الأخرى في الدولة، وهنا فأن قدرتها على ممارسة صلاحياتها الدستورية دون ضغوط أو مؤثرات سياسية لا يتوقف فقط على عوامل ضمانات الدستور وانما على ظروف الواقع العملي في البلاد، ذلك الواقع الذي يحدد بدقة الجوانب الموضوعية لصلاحيات المجلس[3].

هذا الوضع كان خاصاً بجمهورية العراق حيث يبدو الاشكال الاكبر وضوحاً بفعل مرور التجربة النيابية بمرحلتين، الأولى في العهد الجمهوري قبل عام 2003 باعتبار مجلس النواب احد مؤسسات الدولة التي تتبع السلطة التنفيذية وتوجيهاتها حصراً، الأمر الذي أدى إلى تراجع دور المجلس التشريعي والسياسي بفعل التأثيرات السياسية السلبية، وبعد عام 2003 حيث شهد مجلس النواب في العراق تحولاً كبيراً وفق النظام البرلماني بكافة اشكاله ووفقاً للحريات الدستورية الممنوحة للشعب

[1] ومن الجدير بالذكر في هذا المجال أن المادة 47 من دستور جمهورية العراق لعام 2005 كانت قد نصت على أن: (تتكون السلطات الاتحادية من السلطات التشريعية والتنفيذية والقضائية، تمارس اختصاصاتها ومهماتها على اساس مبدأ الفصل بين السلطات)، كما أن المادة 48 نصت على أن: (تتكون السلطة التشريعية الاتحادية من مجلس النواب ومجلس الاتحاد)، ومجلس النواب وفقا للمادة الأولى من النظام الداخلي للمجلس هو السلطة التشريعية والرقابية العليا ويمارس الاختصاصات المنصوص عليها في المادة 61 من الدستور والمواد الأخرى ذات الصلة.

[2] د. محسن القزويني، حق مجلس النواب في تشريع القوانين في دستور العراق لعام 2005، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت، العدد 18، السنة 11، 2015، ص8.

[3] د. مروج هادي الجزائري، استقلال السلطة التشريعية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018، ص11.

العراقي[1]، الأمر الذي نحن بصدد معالجته وتحليله في هذا البحث في ضوء وواقع نظام التصويت في جلسات المجلس، وعلى العموم فقد نظم الدستور اختصاصات مجلس النواب في المادة (61،62) منه[2].

ونرى أن المجلس هو هيئة سياسية، تشريعية في الدولة، تتصل بجمهور المواطنين عبر رئيسها ولجانها ونوابها المختلفين في انتماءاتهم واصولهم، وتمثل كل اطياف الشعب العراقي في سعيها العام إلى تحقيق التقدم والتطور في شتى المجالات، الأمر الذي يفرض عليه تحقيق هذا السعي من اجل تطور البلاد وتقدمها وفقا لمعايير المسؤولية الوطنية الملقاة على عاتقه.

وبعد ما تقدم ذكره سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في أولهما تعريف مجلس النواب وفي ثانيهما اختصاصات هذا المجلس على النحو التالي:-

## المطلب الأول: تعريف مجلس النواب

مجلس النواب هو جهة حددها الدستور من اجل سن القوانين والتشريعات المتعلقة بالقواعد العامة الملزمة المجردة التي تحكم تصرفات الجماعة في الدولة ككل، وكذلك العمل على مراقبة اعمال الحكومة وتصرفاتها القانونية، وتمثيل اطياف الشعب والمجتمع العراقي برمته من شمال البلاد إلى جنوبها؛ سعيا وراء تحقيق سيادة الشعب التشريعية والسياسية في الدولة، وكل ذلك يتم وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات المرن في الدولة مهما كان نوعه هذه الدولة، ومجلس النواب العراقي ينطبق عليه هذا التعريف شكلا وموضوعا.

وسنتناول التعريف بمجلس النواب من خلال البحث في تكوين مجلس النواب وسير الجلسات فيه وذلك في فرعين...

### الفرع الأول: تكوين المجلس

مجلس النواب العراقي يتألف من رئيس ولجان متخصصة وأعضاء يمارسون اختصاصاتهم في اوضاع الانعقاد العادية وغير العادية وفقا للدستور والنظام الداخلي للمجلس ذاته خلال سنوات عمر المجلس.

ويتكون من عدد من الأعضاء بنسبة مقعد برلماني واحد لكل مئة الف نسمة من مجموع سكان العراق، ويتم انتخابهم بطريق الاقتراع السري المباشر، الذي يمثل بالضرورة كل مكونات الشعب العراقي برمته وفق الاستحقاق الانتخابي لكل ناخب، على أن يتضمن ما لا يقل عن الربع من عدد اعضائه من النساء[3]، ومدة العضوية في المجلس اربع سنوات تقويمية تبدأ بأول جلسة له وتنتهي بنهاية السنة الرابعة،ما لم يتم حل المجلس بالأغلبية المطلقة لعدد اعضائه، بناءً على طلب من ثلث اعضائه أو طلب من رئيس الوزراء بموافقة رئيس الجمهورية[4] .

---

[1] غادة محمد صديق، التنظيم الدستوري لتسمية رئيس مجلس النواب العراقي وفق دستور العراق لعام 2005، بحث مقدم إلى كلية القانون، جامعة القادسية كأحد متطلبات الحصول على شهادة الماجستير، 2017، ص7.

[2] حيث حددت المادة(61) اختصاصاته في مجالات التشريع والرقابة السياسية وانتخاب رئيس الجمهورية والمصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية واقرار تعيين كبار موظفي الدولة والموافقة على اعلان حالة الحرب والطوارئ ، والمادة (62) افردت اختصاص المجلس في اقرار مشروع قانون الموازنة العامة والحساب الختامي.

[3] م 49/1و4 من الدستور.

[4] م 56 و م 64 من الدستور العراقي لعام 2005.

عضو مجلس النواب لابد أن يكون كامل الاهلية، قادراً على اداء الواجبات الملقاة على عاتقه كأحد ممثلي الشعب، ومتمتعا بحقوقه التي يوفرها له النظام الداخلي للمجلس، منتخبا بالاقتراع السري المباشر(كما ذكرنا)، ومن حيث الاصل والمبدأ الوطني العام أن يكون ممثلا للشعب كله، وليس لأهل محافظته أو عشيرته أو اقربائه فحسب؛ ذلك لأن المجلس كله يمثل احد المؤسسات الاتحادية المركزية في الدولة، ويمارس اختصاصاته شكلاً وموضوعاً على كل الاراضي العراقية.

ويجري انتخابه بموجب الاقتراع السري المباشر ، وفي ظل النظام الانتخابي الحالي يكون الترشيح فيه بطريقة القائمة، والترشيح الفردي، بدلالة المادة (12) من قانون الانتخابات رقم (45) لسنة (2013) المعدل، ويتم توزيع المقاعد وفقا لنظام التمثيل النسبي وبطريقة سانت ليغو.

وفي خصوص النظام الانتخابي المتبع في مجلس النواب يذهب الرأي[1] ، أن المشرع العراقي في قانون الانتخابات وأن كان قد اخذ بالترشيح الفردي من الناحية الشكلية ولكنه من الناحية الموضوعية يلاحظ أن الانتماء الحزبي، أو الانضمام في قائمة انتخابية كبيرة هو شرط للفوز بعضوية مجلس النواب؛ ذلك لأن الواقع العملي اثبت عدم تمكن المرشحين المستقلين من الفوز، الا ما ندر، وهذا الأمر أدى إلى خضوع النائب لكتلته التي أوصلته إلى عضوية المجلس، في حين من المفروض أنه يمثل كل الشعب وليس منطقة أو ناحية أو اشخاص بذواتهم وصفاتهم، والسلبية في هذه الناحية ادت إلى التاثير في استقلال الأعضاء وفي اداء المجلس المستقل.

وبناءً على ما تقدم فان تكوين مجلس النواب لابد أن يراعي الرقعة الجغرافية للعراق ككل وكذلك طبيعة المهام والاعمال التي سوف يضطلع بها بعد انعقاد جلساته، وفقا للاستقلالية في الاداء والشفافية في نقل المعلومات وتلقيها، في ظل نظام انتخابي يكفل لكافة الناخبين ترشيح من يعتبروه اهلاً لتمثيلهم في البرلمان، وبما يحقق بالضرورة مصلحة الشعب والمجتمع العراقي في تكوين مجلس نواب متوازن في التمثيل وفي اللجان وفي رئاسته، لكي تتحقق فعلا دولة المشروعية والشرعية في اطار الدستور والنظام الداخلي للمجلس.

**الفرع الثاني : سير جلسات المجلس**

يمارس مجلس النواب عمله وفقا لجلسات انعقاد يحضرها الرئيس أو نوابه وكذلك اللجان والنواب من اجل تشريع القوانين، واستضافة رئيس الوزراء والوزراء وكبار موظفي الهيئات المستقلة أو من تريد سماع افادته بخصوص موضوع معين واصدار قرار بشأنه وفقاً للرقابة البرلمانية.

وجلسات المجلس لابد أن تكون في سيرها في هذا الشأن عن الاطار العام لرؤية بناء الدولة العراقية النموذجية وتوفير الاطار التشريعي المطلوب لذلك، وفق مراجعة دقيقة ودراسة شاملة للنظام الانتخابي الامثل والاستفادة من التجربة البرلمانية الفتية في اعقاب عام 2003 ومخرجاتها.

[1] د. علي يوسف الشكري، الثنائية التشريعية في العراق ضرورة ام تأكيد للفدرالية، دراسة تحليلية نقدية، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، النجف الاشرف، العدد الأول، السنة الأولى، 2006، ص 15.

كل ذلك ليكون نظام تمثيلي حقيقي للناخبين يعبر عن ارادهم الواعية من ناحية، ومن ناحية اخرى تأسيس دور رقابي فاعل لمجلس النواب عبر تعزيز هدف بناء الدول العراقية بالدرجة الأساس، وبعد ذلك تعزيز الثقة بين المكونات السياسية وتفعيل جانب المعارضة في البرلمان عن طريق ابتعاد الأحزاب والكتل السياسية عن العرف الذي ساد بعد كل انتخابات برلمانية وهو المشاركة الحتمية في الحكومة ومؤسساها، وتشكيل حكومة أغلبية سياسية تكون مسؤولة امام البرلمان وتقدم له برنامجها الحكومي حول السياسة العامة قبل منحها الثقة، بحيث يكون هذا البرنامج هو المعيار في تقييم الاداء وتصحيحه طوال الدورة الانتخابية.

وهذا الرأي يوافق الصواب ، اذ لابد ان تكون جلسات ممثلي الشعب، مشرعي قوانينه، والمراقبين السياسيين لحكومته بوعي ومسؤولية وتعكس ثقة الناخب وارادته الحقيقية في أعضاء المجلس وجلساته التي فيها توفير حقوقه وحرياته الفردية والمجتمعية عبر قوانين وتشريعات خاصة بالفرد والمجتمع، وكذلك تحقيق مبدأ الفصل بين السلطات المرن والحقيقي في ظل النظام البرلماني العراقي الجديد.

هذا وينعقد المجلس بناءً على دعوة من رئيس الجمهورية خلال (15) يوما من تاريخ المصادقة على نتائج الانتخابات العامة، ولا يجوز التمديد لأكثر من هذه المدة المقررة بناءً على المادة (54) من الدستور، وتعقد أول جلسة برئاسة اكبر الأعضاء سناً (رئيس السن) لانتخاب رئيس المجلس ونائبيه وفقا للمادة (55) من الدستور، حيث ينتخب في أول جلسة له رئيساً، ثم نائباً أول وبعد ذلك نائباً ثانياً وفقا للأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس، وذلك بالانتخاب السري المباشر، بعد فتح باب الترشيح من قبل الرئيس المؤقت للمجلس[1].

وللمجلس ادوار انعقاد عادية وغير عادية، حيث أن الانعقاد العادي يتم وفقا لنص الدستور دون دعوة من السلطة التنفيذية وبادوار انعقاد سنوية بفصلين تشريعيين مدهما ثمانية اشهر[2]، ومن جهة اخرى فأن الدستور قد اعطى للسلطة التنفيذية الحق في دعوة المجلس للانعقاد في اجتماع غير عادي إذا طرأت ظروف تستوجب ذلك حتما وبالضرورة، هذا ويتم فض انعقاد المجلس في هذه الحالة عند الأنتهاء من جدول الاعمال الذي دعي المجلس لمناقشته في انعقاد غير عادي[3].

وتحقيقا لمقتضيات المصلحة العامة والشفافية في تداول المعلومات والبيانات فأن جلسات المجلس علنية الا إذا كانت الضرورة تلزم جعلها سرية وفقا للمادة (53/أولاً) من الدستور، على أن يكون امر السرية بموافقة أغلبية أعضاء المجلس الحاضرين وفقا للمادة (37/ثانياً) من النظام الداخلي للمجلس.

اما اعداد جدول اعمال المجلس فبناءً على المادة (37/أولاً) من النظام الداخلي له فيتم اعداده عن طريق هيئة رئاسة المجلس بالتنسيق مع رؤساء اللجان ذوي العلاقة ولا يحتاج إلى اقراره من قبل المجلس، على أن يتم عرض اي موضوع لم يدرج في جدول الاعمال ومناقشته بموافقة أغلبية الأعضاء الحاضرين فحسب[4].

[1] م7 من النظام الداخلي لمجلس النواب لعام 2007.

[2] المادة( 57) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

[3] المادة(58/أولاً) من دستور جمهورية العراق لعام 2005.

[4] المادة (3/ثانياً) من النظام الداخلي للمجلس لعام2007.

وعليه فأن سير الجلسات بالتنسيق بين كل من الرئيس ونوابه واللجان والنواب الحاضرين لابد أن يكون متوفراً وحقيقياً شكلاً وموضوعاً، يراعي مصلحة العراق والشعب والمجتمع العراقي ويؤكد في ذات الوقت أن هذا المجلس هو هيئة الشعب، المجلس الذي يكون انعكاسا حقيقيا لمتطلبات شعبية مشروعة في ظل العراق الموحد.

## المطلب الثاني: اختصاصات مجلس النواب القانونية والسياسية

يمارس مجلس النواب اختصاصه الاصيل في سن القوانين والتشريعات،اما الاختصاص السياسي فهو يمارسه بحكم كونه ممثلاً للشعب، الرقابة على اعمال السلطة التنفيذية المضطلعة بتنفيذ القوانين والأنظمة وتسيير أمور الدولة اليومية، وسنتناول هذين الاختصاصين لمجلس النواب في العراق سوف نتناولهما في ما يلي:-

### الفرع الأول: الاختصاص التشريعي

حينما يمارس مجلس النواب صلاحية تشريع القوانين فهو يضطلع بمهمة صياغة القواعد العامة المجردة الملزمة والمنظمة لكل فئات الشعب والمجتمع كنظام اساسي يسير عليه في تسيير شؤون المجتمع وهيئاته السياسية، بما فيها الحكومة، وهذا يتم من حين اقتراح القانون كفكرة ومروراً بمناقشته كمادة معروضة امام المجلس والتصويت عليه من قبل الأعضاء الحاضرين اثناء انعقاد جلسات المجلس.

ذلك لأن التشريع هو الطريق الذي يؤسس كيان الدولة وينظم مفاصلها الأساسية وتستطيع كلا من السلطتين التنفيذية والقضائية العمل بموجبه؛ لأن الأولى تنفذه والثانية تطبقه وتفسره، ليس باعتبارهما هيئات سياسية فحسب وانما جهات سيادية، تعتمد القانون أساساً في نهجها اليومي وطريقا تهتدي به في تسيير اعمالها[1]، ولهذا فأن اقتراح التشريع اصبح من الامور الهامة التي تتمسك بها المجالس النيابية في دول العالم والتي لا يمكن أن تتنازل عنها؛ لأنها من صميم اختصاصاتها وصلاحياتها الدستورية من جهة، ومن جهة اخرى يراعى في نظر القوانين التي يقترحها أعضاء مجالس النواب قيود اجرائية بسيطة، ليس فيها قيود كبيرة كتلك التي تفرض على مشروعات القوانين المقدمة من قبل الحكومات أو رؤساء الجمهوريات[2].

لذلك فأن سن القوانين الاتحادية – بناءً على مقترحات قوانين تقدم من عشرة من أعضاء المجلس أو من احد لجانه المتخصصة- الملزمة والسارية في عموم العراق، وفقاً للمادة (61/أولاً) من الدستور هي من صميم اختصاصاته التشريعية، هذه القوانين التي لا يجوز وبالضرورة سن اي تشريع مخالف لها أو يتناقض معها شكلاً وموضوعاً، لا وبل الاكثر من ذلك يعد كل نص قانوني أو قرار أو نظام مخالف له باطلاً بطلاناً مطلقاً، سواء ورد في دساتير الاقاليم أو اي قانون اخر[3].

هذا ومن اجل تحقيق التعاون والتوازن في الاختصاصات بين كل من السلطتين التشريعية (مجلس النواب) والتنفيذية (الحكومة) بناءً على مبدأ الفصل المرن بين السلطات، فقد اتاح الدستور في المادة (60) منه لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الوزراء (رئيس الوزراء اصالة) تقديم مشروعات قوانين إلى مجلس النواب، وعرضها عليه للتصويت عليها أو اعطاء الرأي بشأنها وتعديلها، ومن ثم التصويت عليها.

---

[1] د. وائل عبد اللطيف الفضل، اصول العمل النيابي البرلماني، دراسة على ضوء دستور جمهورية العراق لعام 2005، الجزء الثاني، سلسلة المعرفة البرلمانية -2-، بغداد، 2012، ص 57 و ما بعدها.

[2] د. رافع خضر صالح شبر، وليد حسن حميد، الوظيفة التشريعية للبرلمان الاتحادي في الدولة الاتحادية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السادسة، كلية القانون، جامعة بابل، 2014، ص 143.

[3] د. مروج هادي، مرجع سابق، ص 183 وما بعدها.

فالمشرع الدستوري العراقي اعطى المبادرة التشريعية لكل من السلطتين التشريعية والتنفيذية معاً، اقتراح القوانين المقدم من عشرة من أعضاء مجلس النواب أو احدى لجانه المتخصصة – كما ذكرنا– أو بناءً على مشروع قانون وفق مبادرة رئيس الجمهورية أو مجلس الوزراء وفقا لنص المادة 6/3/31 من النظام الداخلي للمجلس[1].

نجد أنه وأن كان الاختصاص الاصيل للمجلس هو تشريع القوانين قد تم اسناد جزء منه إلى السلطة التنفيذية في شكل مشروع قانون، ولكن هو ليس سلب للاختصاص التشريعي الاصيل للمجلس، وانما اجراء تعاون وتوازن نسبي بين مجلس النواب والحكومة في مجال تشريع القوانين، لا سيما وأن مجلس النواب هو يستطيع مساءلة ومحاسبة السلطة التنفيذية عن اعمالها غير المشروعة عند تطبيقها لقوانين هي تقدمت بطلب تشريعها كمشاريع قوانين سلفاً.

ذلك لأن الاختصاص بمشروع القانون لا يعطي الحق للحكومة في اطلاق يدها في اجراء ما تريد من تصرفات دون رقيب أو حسيب، تعسفية تخرق بها قواعد القانون الموضوعة من قبلها كمشروع أو مقترحة من مجلس النواب كقانون؛ لأنه في كلا الحالتين ستكون هناك رقابة مباشرة من قبل مجلس النواب في هذا الخصوص شكلاً وموضوعاً، من حيث شكل تشريع القانون واجراءاته الاصولية ومن حيث تطبيقه الفعلي.

**الفرع الثاني: الاختصاص السياسي**

يعد الاختصاص السياسي لمجلس النواب احد تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في الأنظمة الديمقراطية، حيث يضطلع المجلس بمهمة مراقبة اعمال الحكومة ومساءلتها عن تصرفاتها التي تجريها في نطاق تنفيذ القوانين والسياسة العامة للدولة.

والدستور العراقي لعام 2005 أناط وفق المادة 61/ثانياً منه للمجلس حق الرقابة على اداء السلطة التنفيذية (الحكومة)، وذلك على كل من اعمال رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء، ولبيان وسائل الرقابة لمجلس النواب العراقي تحديدا فأنها تشمل كلاً من:-

أولاً: السؤال:- والمتمثل في حق مجلس النواب وفق المادة 7/61/أ من الدستور بتوجيه استفسار إلى كل من رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء في اي موضوع يدخل في اختصاصه، ولكل منهم الاجابة على اسئلة أعضاء المجلس، واما صيغة الاسئلة فهي أن توجه خطياً بواسطة هيئة الرئاسة بقصد الاستفهام عن أمر يجهله العضو أو للتحقق من واقعة وصل علمها اليه أو لمعرفة ما تعتزم الحكومة اجراؤه في امر معين، أو ما يدخل في نشاط الوزارة التي يرأسها الوزير[2].

ثانياً: طرح موضوع عام للمناقشة:- وهو ما يتم وفق طلب يقدم إلى رئيس المجلس من قبل خمسة وعشرين عضواً على الاقل[3]، حيث أنه يعد وسيلة رقابية هادئة يلجأ لها المجلس لمعرفة سياسة الحكومة في شأن موضوع معين، أو وجود معضلة معينة يقصد التدخل لحلها أو اتخاذ قرار ملزم لتفادي آثارها[4].

ثالثاً: الاستجواب:- اتهام خطير يوجهه مجلس النواب إلى رئيس مجلس الوزراء أو احد الوزراء من اجل كشف مدى سلامة تصرفهما في موضوع ما، وقد ينتهي بإثارة المسؤولية السياسية للوزارة وطرح الثقة بها ككل أو بالوزير المعني حصراً[1].

---

[1] ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن اقتراح القانون هو فكرة يتقدم بها عشرة من أعضاء مجلس النواب أو احد لجانه المتخصصة، في حين أن مشروع القانون هو صيغة سن قانون يتم اعدادها وتقديمها من قبل السلطة التنفيذية، بعد أن يستوفي ما قررته القوانين والتشريعات النافذة لكي يتم ارسالها إلى مجلس النواب تمهيداً لتشريعه، وذلك وفق ما قررته المحكمة الاتحادية العليا في احكامها، في القرارين رقم 43 و44/اتحادية/2010 المنشورين على الموقع الالكتروني للسلطة القضائية الاتحادية www.iraqia.iq.

[2] م 50 من النظام الداخلي للمجلس.

[3] م 5/7/61 من الدستور، م 55 من النظام الداخلي للمجلس.

[4] دانا عبد الكريم سعيد، حل البرلمان واثاره القانونية على مبدأ استمرارية اعمال الدولة، دراسة تحليلية مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010، ص 35.

حيث أنه يعني محاسبة لرئيس الوزراء أو الوزراء في شؤون تدخلهم في اختصاصهم يقدم من قبل احد أعضاء المجلس وموافقة 25 عضوا من أعضاءه، ولا تجري مناقشته الا بعد 7 ايام من تاريخ تقديم الطلب، وفقا للمادة 7/61/ج من الدستور.

ويقدم طلب الاستجواب إلى الرئيس موقعاً من طالبه ومبيناً فيه بصفة عامة موضوعه وبيان الامور المستجوب عنها والوقائع والنقاط الرئيسية التي يتناولها والاسباب التي يستند اليها مقدم الاستجواب وأوجه المخالفة واسانيد المستجوب على الا يكون الاستجواب مخالف للدستور وللقانون ويحمل عبارات غير لائقة أو متضمناً اموراً لا تدخل في اختصاص الحكومة أو فيه مصلحة شخصية لطالبه أو أن يكون في موضوع تم الفصل فيه سابقاً ما لم تظهر دلائل جديدة، بناءً على المادة الثامنة والخمسين من النظام الداخلي للمجلس.

رابعاً: التحقيق:- احد وسائل الرقابة البرلمانية التي يمتلكها مجلس النواب، مبني على أن المجلس طالما له حق المناقشة والحكم على المسائل التي تدخل في اختصاصه الرقابي، فهو من باب أولى يملك حق التحقيق كوسيلة رقابية متعددة الاطراف، حيث يشمل المجلس ككل والجهاز الحكومي الذي يتقصى الحقائق عن شأن يتعلق به أو يتحرى عما وقع من تجاوزات من خلال التوصل إلى الحقائق واستقاء المعلومات لتقرير ما هو ضروري بشأنها واتخاذ اجراءات عاجلة[2].

وهذه الوسيلة تتم وفقا للنظام الداخلي لمجلس النواب العراقي وفقا للجان تحقيقية منبثقة عنه، حيث أن هناك لجنتان هما:- لجنة التحقيق المكونة من المجلس كله، ولجنة التحقيق المشكلة خصيصاً لتقصي الحقائق في امور معينة(م32 من النظام الداخلي) وهذا يتم وفقا لدعوة اي شخص لسماع اقواله، وفقا للطرق الاصولية ولهذه اللجان حق الاطلاع على كل ما له علاقة بالقضية المعروض عليها من دون المساس بالقضايا المعروضة على القضاء، ولها في ذلك حق الاستعانة بالخبراء لمعرفة امور قد تستعصي عليها معرفتها، أو تحتاج لخبرة ومهارة في مجال محدد بالذات(م83 من النظام الداخلي).

خامساً: سحب الثقة:- وسيلة رقابة مرتبطة بحدوث تصرفات حكومية سياسية وادارية تحتم عدم توفر ثقة المجلس في ممارسة جهة معينة أو شخص ما لاعماله في مجال اختصاصاته الحكومية، ووفقا للمادة 8/61 من الدستور فأنه لمجلس النواب سحب الثقة من الحكومة أو احد الوزراء، وذلك بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاءه، ويعد المجلس أو الوزير مستقيلاً من تاريخ قرار سحب الثقة عنه، ولا يجوز طرح موضوع الثقة بالوزير الا بناءً على رغبته أو طلب موقع من خمسين عضواً اثر مناقشته استجواب موجه اليه، ولا يدر المجلس قراره في الطلب الا بعد سبعة ايام في الاقل من تاريخ تقديمه، كذلك هناك طلب رئيس الجمهورية من مجلس النواب سحب الثقة من رئيس الوزراء، ويقرر المجلس هنا سحب الثقة بالأغلبية المطلقة ايضا لعدد أعضاءه.

ويرى رأي أن المشرع الدستوري العراقي قد اخذ بالمسؤوليتين الفردية والتضامنية معا بناءً على استجواب موجه لرئيس الوزراء أو نوابه أو الوزراء بناءً على سحب الثقة، ولكنها في نفس الوقت يستفسر عن الأمر بشكل مختلف من حيث لماذا لم ياخذ المشرع الدستوري العراقي بمنح الثقة للحكومة وفق طلب مجلس الوزراء منحه الثقة بهدف التاكد من استمرار دعم مجلس النواب لمجلس الوزراء في اداء اعماله[3]؟

وبتعقيب بسيط نرى أن موضوع تاكيد الثقة بالحكومة يتحدد من خلال اعمالها وتصرفاتها في مجال تنفيذ القوانين وتنفيذ السياسة العامة للدولة، وليس من خلال الرجوع إلى المشرع الدستوري ولا إلى مجلس النواب، فضلاً عن أن مرشح الكتلة النيابية الاكبر من تاريخ تكليفه من قبل رئيس الجمهورية بتشكيل الوزارة فأنه يكون قد مُنِحَ ثقة الشعب وثقة مجلس النواب فيه من اجل القيام باعمال الحكومة على الوجه الامثل.

---

[1] دانا عبد الكريم سعيد، مرجع سابق، ص 36.

[2] د. فارس محمد عبد الباقي، التحقيق البرلماني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 9 وما بعدها.

[3] د. مروج هادي، مرجع سابق، ص 303.

ومن هنا فأن النص على منح الثقة من طرحها لا يحدده المشرع بالضرورة بقدر ما تحتمه الضرورات والوقائع الشكلية والموضوعية المحيطة بعمل المجلس الفعلي من تاريخ تكليف مرشح الكتلة النيابية الاكبر وتشكيله لحكومته.

ويشير الفقه[1] إلى أن التصويت على سحب الثقة لا يجري في المسؤولية الفردية للوزير الا بعد مضي سبعة ايام على الاقل من تاريخ تقديمه، ويتخذ المجلس قراره بسحب الثقة من الوزير بالأغلبية المطلقة من دون أن يبين المشرع الدستوري الأغلبية هذه، هل هي لعدد الأعضاء الحاضرين ام لعدد أعضاء المجلس فحسب؟

وبرؤية متواضعة نلاحظ ان المحكمة الاتحادية العليا قد حسمت المسألة بتفسيرها للأغلبية المطلقة الواردة هنا بانها أغلبية الحاضرين لعدم ايراد كلمة أعضاء المجلس في النص كما هو الحال في مواد دستورية اخرى تضمنت النص على الأغلبية المطلقة للأعضاء[2].

فكما نلاحظ من خلال ما تقدم أن المسؤولية الوزارية هي اخطر مظاهر الرقابة على اعمال الحكومة؛ لأنه يترتب عليها سحب الثقة من الحكومة باسرها أو من احد أعضاءها، وهذا لا يحدث بطبيعة الحال الا فيما يتعلق بالمسائل التي يستقل الوزير بالتصرف فيها ويتحمل بمفرده الاخطاء المنسوبة اليه شخصياً، والنتيجة الحتمية لسحب الثقة هي استقالة الوزير أو الوزراء الذين صدرت بحقهم قرارات سحب الثقة، وكذلك المسؤولية العامة التضامنية، اي: مسؤولية الوزارة كلها؛ نتيجة عدم ملائمة السياسة العامة للحكومة لمصلحة البلاد من وجهة نظر مجلس النواب أو نتيجة مساءلة رئيس الوزراء نفسه.

سادساً: المساءلة:- هو احد أنواع الرقابة التي يمارسها مجلس النواب العراقي على رئيس الجمهورية، حيث تتم مساءلته وفق م (66) من الدستور في حالات الحنث في اليمين الدستورية، أنتهاك الدستور، الخيانة العظمى، هذا ويتم تحريك مسؤوليته بناءً على طلب مسبب وبالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس، ويعفى بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاءه بعد إدانته من المحكمة الاتحادية العليا في العراق[3].

وكما تقدم يلاحظ الباحث أن الرقابة السياسية لمجلس النواب هي اختصاص جوهري يضاف إلى اختصاصه الاصيل في سن القوانين والتشريعات، وهذا الاختصاص يعطي للمجلس وزن السيادة والثقل السياسي في الدولة؛ لأنه يعكس مدى قوة المجلس في مراقبة اداء الحكومة الحقيقي وتقييمه الصحيح على ارض الواقع.

وذلك لأن المجلس حينما حمل امانة تمثيل الشعب كهيئة دستورية وسياسية فأنه اصبح لزاما عليه القيام بها على اكمل وجه، متمما لرؤية الشعب وهدفه في التقدم والازدهار والتطور، حاملا لواء اماله في الحياة الحرة الكريمة، محترفاً ومهنياً في عمله مبتعداً عن التجاذبات السياسية والتنازلات والمكاسب والمجاملات السياسية الشخصية.

## المبحث الثاني: نظام الجلسات في مجلس النواب

مجلس النواب باعتباره المعبر عن الإرادة الشعبية ينبغي أن يتجدد بصورة دورية لضمان ديمومة الصلة بينه وبين الشعب، لذلك نجد أن الدستور قد حدد مدة اربع سنوات كدورة انتخابية للمجلس[4].

[1] ا.د حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، 2016، ص234.

[2] قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم 23/اتحادية /2007 في 2007/10/21 المنشور على الموقع الالكتروني للمحكمة /https://www.iraqfsc.iq/s.2007

[3] م 6/61 من الدستور والمادة 57 و62 من النظام الداخلي للمجلس لعام 2007.

[4] المادة (56/ أولا) من دستور جمهورية العراق لعام 2005

وإذا كانت المجالس النيابية سابقاً دائمة الانعقاد تجتمع متى ما شاءت وتفض اجتماعها حين ما ترغب[1]، الا أن القاعدة السائدة في اعمال المجالس النيابية، ومنها مجلس النواب العراقي، هي عدم ديمومة الاجتماعات، وإنما انعقادها في جزء من السنة بما يعرف بدورة الانعقاد، وقد اجملها الدستور بثمانية اشهر تنقسم إلى فصلين تشريعيين، وأوكل إلى النظام الداخلي مهمة تفصيل كيفية انعقادهما وانقضائهما [2]، وكذلك اتخاذ القرارات فيها وهذا ما سنبحثه في مطلبين: الأول لآلية الانعقاد والثاني لنصاب التصويت.

## المطلب الأول: آلية انعقاد الجلسات

تنعقد الجلسات في بغداد من حيث الاصل مع امكانية عقدها في محافظة اخرى وفقاً لمقتضيات تقدر في حينها [3]، اما زمان انعقاد الجلسات فقد تحدد في بداية الفصل التشريعي في الأول من آذار وينتهي بنهاية شهر حزيران من كل سنة، اما الفصل الثاني فيبدأ في الأول من ايلول وينتهي في الحادي والثلاثين من كانون الأول، ويتخلل الفصلان عطلة تشريعية امدها شهران [4]، وتعقد الجلسات في يومين على الاقل من الاسبوع، مع امكانية لرئاسة المجلس في تحديد أو تمديد الجلسات حسب الضرورات[5].

### الفرع الأول : نصاب انعقاد الجلسات

أوردت المادة (59/أولاً) من الدستور شرطاً حسابياً على انعقاد الجلسات في مجلس النواب تتمثل بتحقق نصاب انعقادها بحضور الأغلبية المطلقة للعدد الكلي للأعضاء، اي حضور النصف زائد واحد من مجموع عديد النواب.

وقد ظهر اثناء التطبيق أن نصاب انعقاد جلسات المجلس طيلة الدورات النيابية التي تلت نفاذ الدستور كان سبباً اساسياً في عرقلة اعمال المجلس، فعدم انعقاد جلسات كثيرة، والتغيب المتعمد من قبل النواب، كان كفيلاً بعدم تحقيق المجلس للاداء المرجو منه، خصوصاً مع حاكمية النص الدستوري في هذا المجال، والذي جعل انعقاد جلسات المجلس مقترنة بتحقق نصاب الأغلبية المطلقة.وقد كرر النظام الداخلي الاشارة إلى هذه الأغلبية في المادة (23) منه، ثم عاد واكد على عدم جواز افتتاح الجلسات، الا بعد تحققها، فأن تعذر ذلك، كان على الرئيس تأجيل افتتاح الجلسة لمدة لا تقل عن نصف ساعة، وبخلافه يعمد إلى اتخاذ قرار بتأجيلها وتعيين موعداً آخر للانعقاد [6].

[1]أوجد دستور فرنسا لعام 1791 المجالس الدائمة، وكذلك دستور السنة الثالثة، والثامنة للثورة الفرنسية ودستور 1848، د. عثمان خليل عثمان، القانون الدستوري (النظام الدستوري المصري)، ج 2، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1955،ص 388.

[2]المادة (57) من دستور جمهورية لعراق لعام 2005.

[3]المادة (21) من النظام الداخلي لمجلس النواب .

[4]المادة (22/ أولا) من النظام الداخلي لمجلس النواب .

[5] المادة( 22/ أولا ) من النظام الداخلي لمجلس النواب .

[6]المادة( 24) من النظام الداخلي لمجلس النواب .

ويقع على عاتق الدائرة البرلمانية داخل مجلس النواب اعلام النائب الثاني لرئيس المجلس بتحقق النصاب من عدمه، باعتبارها احدى المهام التي عهد النظام الداخلي اليه القيام بها، بالاضافة للاشراف على عملية تسجيل غيابات الأعضاء سواء كانت بعذر ام بدونه [1].

وإذا كان رئيس المجلس هو من يدعو إلى افتتاح الجلسة بعد التأكد من تحقق الأغلبية المطلقة للانعقاد، وترؤسه لها [2]، فأن لاي من أعضاء المجلس اثارة قضية نصاب الجلسة واختلاله، استنادا إلى المادة (27) من النظام الداخلي، فللعضو الاعتراض على عقد الجلسة بنقطة نظام، متى ما كان النصاب غير متحقق لافتتاحها، أو في حال اختلاله عند التصويت، شرط الاشارة إلى مواد الدستور أو النظام الداخلي، التي تمت مخالفتها، مع تلاوة النص على رئيس المجلس.

الا أن التطبيق العملي اظهر عدم قبول رئيس مجلس النواب – احياناً – اثارة مسالة عدم تحقق النصاب من احد الأعضاء الا بعد تقديمه طلباً تحريرياً بذلك مشفوعاً بتوقيع (50) نائب، عندها أوكل إلى الموظفين في الدائرة البرلمانية مهمة القيام بحساب الأعضاء الموجودين والتاكد من توافر النصاب من عدمه، وبعد تأكيد اختلال النصاب، رفع رئيس المجلس الجلسة لنصف ساعة لغرض اكتمال النصاب القانوني للانعقاد[3].

وبالرجوع إلى نصوص النظام الداخلي يتبين أن لا سند قانوني للمطالبة بتقديم طلب تحريري معزز بتواقيع (50) نائب لغرض اعادة التاكد من النصاب حيث أن من واجبات النائب الثاني التحقق من هذه المسألة بالتعاون مع مقرري المجلس والدائرة البرلمانية فيه، وبامكان اي نائب طرح المسألة على هيئة الرئاسة بالرجوع إلى المادة (27) والتي نظمت احكام (نقطة النظام) .

وفي حال انتهاء الجلسة فأنه لا يمكن اثارة موضوع عدم تحقق النصاب في الجلسات التي تليها وانما يصار إلى اللجوء للقضاء، وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في موضوع النظر بالطعون المقدمة حول مدى صحة الجلسات الخاصة بالمجلس المنعقدة في 14و19و2016/4/26 وما ترتب عليها من قرارات، في قرارها الصادر بتاريخ 2016/6/28 [4]،حيث قضت بعدم دستورية جلسة المجلس التي عقدت في 2016/4/14 في ضوء عدم تحقق نصاب الانعقاد، وقضت بالغاء كافة القرارات التي تم التصويت عليها في هذه الجلسة، والمتمثلة باقالة رئيس مجلس النواب ونائبيه، وانتخاب النائب عدنان عبد المنعم رشيد الجنابي رئيساً مؤقتاً لمجلس النواب، على أساس تعذر قيام هيئة رئاسة المجلس بواجباتها لاكثر من جلسة، على الرغم من تقديم الجداول المنظمة قبل دخول النواب إلى الجلسة، الى هيئة المحكمة، والتي تضمنت تأييد وجود النصاب القانوني لانعقاد المجلس، وأن هناك (173) نائب قد صوت على اقالة رئاسة المجلس وانتخاب الرئيس المؤقت.

[1] المادة (35/ ثانياً/ج ) من النظام الداخلي لمجلس النواب .

[2] المادة (34/ ثانياً) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

[3] محضر الجلسة رقم (16) ليوم الثلاثاء الموافق 2018/12/4 . الدورة الانتخابية الرابعة / السنة التشريعية الأولى / الفصل التشريعي الأول.

[4] ينظر قرار المحكمة الاتحادية المرقم 38/اتحادية/ 2016 في 2016/6/28 مع موحداتها الدعأوى (39و 40و 42و43و44و45و46و47و48و49و50/ اتحادية / 2016) المنشور على الموقع الالكتروني للمحكمة https://www.iraqfsc.iq/s.2016/

وقد استندت المحكمة في رد قوائم الحضور على تقرير الخبرة المقدم من قبل خمسة خبراء قاموا بفحص التصوير الخاص بالجلسة، بعد رفض الادعاء التقرير الأول المقدم من قبل ثلاثة خبراء، تم انتدابهم من قبل المحكمة، ولرفض التقرير الأول وللحاجة إلى الخبرة في جوانب اخرى من الدعوى، دعت المحكمة الطرفين إلى اختيار خبيرين لكل منها، واختارت هي خامس الخبراء ليكون رأيه مرجحاً عند الاختلاف.

وبعد اطلاع الخبراء على تسجيلات الجلسة واصولها المحفوظة في سيرفرات مجلس النواب، قدموا تقريرهم بالاتفاق مع اجراء مناقشة بينهم وبين الادعاء، وقد تبين من تقرير الخبرة أن عدد الحاضرين هو (131) نائب صوت منهم (106) على ترؤس النائب عدنان عبد المنعم المجلس بصورة مؤقتة، اي أن تقرير الخبراء جاء مخالفاً لجداول الحضور التي قدمت من قبل الادعاء، كاشفاً عن ان الجلسة غير مكتملة النصاب، وعليه فانها لا تنتج اثراً قانونياً، لذا قضت المحكمة بالغاء كافة القرارات المتخذة فيها.

اما بخصوص الجلسة المنعقدة في2016/4/26، فقد ايد الخبراء تحقق النصاب لانعقادها، الا أن المحكمة اعتبرتها غير دستورية، والغت كل القرارات التي ترتبت عليها، من اقالة وزراء واحلال بدلاء عنهم وذلك لتخلف عدة شروط اعتبرتها المحكمة واجبة التوافر في الجلسة حتى تكون صحيحة، يمكن أن تتخذ القرارات خلالها، وهذه المخالفات التي أوجبت الحكم بعدم دستورية الجلسة هي :-

1. رفع الجلسة من القاعة الرئيسية للمجلس دون اعلان عن رفعها أو تأجيلها، خلافاً لاحكام المادة (24) من النظام الداخلي للمجلس.
2. استكمال انعقاد الجلسة في قاعة ثانية (القاعة الكبرى) دون اشعار كافة النواب بزمان ومكان انعقادها.
3. طريقة انعقاد الجلسة وادارتها المتمثلة بغلق الباب للحيلولة دون دخول نواب معينين بذاتهم، ودخول الموظفين وحمايات الشخصيات والجنود بالزي العسكري داخل القاعة، مما أدى إلى ظهور عدة مخالفات:-

أ. مخالفة مبدأ المساواة المكفول دستورياً بمنع بعض النواب من الدخول دون سبب واضح.

ب. مخالفة المادة (38/ أولاً) والتي كفلت حرية التعبير عن الرأي بأي وسيلة، بمنع النواب من المشاركة في الجلسة المنعقدة في القاعة الكبرى.

ج. سرية الجلسة المنعقدة بالنسبة للنواب الممنوعين من الدخول، بما يخالف المادة (53/ أولاً) من الدستور.

د. مخالفة النظام الداخلي في المادة (3) منه والتي كفلت حرية الرأي والفكر للنواب، وضمن المعارضة الموضوعية والنقد البناء والمنع من الدخول كان للحيلولة دون دخول المعارضين إلى الجلسة المنعقدة بما يخالف البنية الديمقراطية للمجلس.

ه. مخالفة المادة (146/أولا) من النظام الداخلي بتواجد اعداد كبيرة غير معتادة من الحمايات داخل وخارج القاعة التي انعقدت فيها الجلسة.

4. عدم تمكن الخبراء من تحديد عدد النواب المصوتين على اقالة الوزراء أو تعيين خلفاً لهم، بسبب عدم وجود الصوت عند التصويت، وعدم التمكن من الاعتماد على التصوير الخاص بالجلسة لسرعة حركة الكاميرا، مما حدى بالمحكمة إلى تقرير عدم دستورية الجلسة في ضوء المخالفات التي أوردت للدستور وللنظام الداخلي.

## الفرع الثاني : نصاب سير الجلسات

إن كان افتتاح الجلسات رهيناً بحضور الأغلبية المطلقة لعديد أعضاء المجلس، فان النظام الداخلي لم يتطلب لاستمرار الجلسات هذه الأغلبية[1]، حيث لا يعد استمرار النصاب شرطاً لازماً لاكمالها، إلا أن تضمنت فقرات تتطلب التصويت عليها، فقراءة التقارير التي تعدها لجان المجلس والمناقشات التي تثار داخله من قبل الأعضاء المتداخلين، لا تتطلب نصاباً لا جراءها، وهذا الحكم لا نجده في الدستور، فالمادة (19) حددت نصاب الانعقاد واتخاذ القرارات، ولم تصرح بمتطلبات استمرار الجلسات، مما يطرح سؤال حول مدى احقية مجلس النواب تنظيم مسالة سكت عنها الدستور ولم يصرح بها في نظامه الداخلي، باعتبار الاخير" مجموعة من القواعد القانونية المنظمة لسير العمل في المجلس" [2].

وفي هذا السياق يطرح تساؤل آخر حول طبيعة النصوص التي يتضمنها النظام الداخلي؟، ففي الوقت الذي يذهب فيه الرأي على أن النظام الداخلي لا تتعدى وظيفته ايراد قواعد اجرائية فقط، دون أن يتضمن احكاماً موضوعية [3]، باعتبار الغرض من اصداره هو تنظيم عمل المجلس النيابي، في المقابل نجد راياً يذهب إلى امكانية النظام الداخلي توضيح واكمال القواعد المنصوص عليها دستورياً، وحتى تنظيم المسائل المسكوت عنها[4]، دون أن يقتصر على الامور الاجرائية، وأنما يتعداها إلى القواعد الأساسية الموضوعية، ان لم ينص عليها الدستور[5].

وهنا نحتاج إلى وقفة اساسية في تقرير طبيعة الاحكام التي ينبغي أن تتضمنها الأنظمة الداخلية وذلك لخطورتها - كاداة في ايدي الاحزاب السياسية - على تسيير شؤون الدولة، متى تجاوزت النص الدستوري، لأن من خلال نصوصها وحسن تطبيقها، يتوقف سير العمل في مجلس النواب.

وإذا كانت الاراء الفقهية السابقة متفقة فيما يخص الطبيعة الاجرائية للنصوص الواجب ايرادها في الأنظمة الداخلية، الا أن الاختلاف فيما بينها يظهر في مدى تعديها إلى ايراد احكام موضوعية لم ينص عليها الدستور، والرأي الداعم لهذا التوجه لا يصمد امام النقاش المنطقي، ذلك أن وظيفة النظام الداخلي دائماً ما تتحدد في صلب الوثيقة الدستورية، وبالرجوع إلى احكام المادة (51) من الدستور فأنها نصت على أن "يضع مجلس النواب نظاماً داخلياً له لتنظيم سير العمل فيه". اي أن وظيفته هي تنظيم سير اعمال مجلس النواب، فهو لا يسري الا على الأعضاء داخل المجلس واثناء قيامهم بوظيفتهم النيابية، فالغاية المرتجاة من وضعه هي حسن تنظيم عمل المجلس لانجاز المهام التشريعية والرقابية الموكلة اليه على افضل وجه. وعليه لا يمكن أن

---

[1] المادة (25) من النظام الداخلي لمجلس النواب .

[2] د. عادل الطباطبائي ، السلطة التشريعية في دول الخليج العربي (نشأتها ، تطورها ، العوامل المؤثرة فيها) ، 1985 ، ص201 .

[3] د. فايز محمد عبد الرحمن و د. سليمان سليم بطارسة ، الإطار الدستوري للنظام الداخلي لمجلس النواب الاردني ، بحث منشور في مجلة جامعة عمان العربية للبحوث، العدد 1 ، 2018 ، ص171 .

[4] د. محمد شفيق صرصار ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، المدرسة الوطنية الادارية ، تونس ، 2007 ، ص 12 .

[5] د. مصطفى ابو زيد فهمي ، النظام الدستوري لجمهورية العربية المتحدة ، دار المعارف ، القاهرة ، 1966 ، ص530 .وكذلك د. افين خالد عبد الرحمن ، المركز القانوني لعضو مجلس النواب ، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة ، 2017 ، ص206 .

يتضمن احكاماً موضوعية كونها ستتعارض مع الوظيفة التنظيمية التي وضع من اجلها ،هذا من جانب، ومن جانب اخر فأن قصور الوثيقة الدستورية وعدم تناولها لبعض المواضيع، أو اغفالها تنظيم مسائل معينة، لا يعطي للسلطة التشريعية متمثلة بمجلس النواب لوحده، أن يكمل أو يتلافى هذا الاغفال من خلال النظام الداخلي ، فالقول بامكانية ذلك يعني تحويل السلطة التشريعية من كونها سلطة منشأة إلى سلطة تأسيسية مشتقة تملك لوحدها ايجاد نصوص تعادل في قيمتها الدستور، وتضيف إلى احكامه انشاءً وتعديلاً، وهذا غير صحيح. كما أن هذا القول يلغي العرف الدستوري كمصدر رسمي للقواعد الدستورية في الدول ذات الدساتير المكتوبة.

وقد اكدت المحكمة الاتحادية العليا على هذا التوجه في رأيها التفسيري الذي صدر بالعدد (87/اتحادية /2010) في 2010/12/2 [1]، رداً على الكتاب الموجه اليها من مجلس النواب بالعدد (512) في 2010/12/1 حول التداخل بين اختصاصات هيئة الرئاسة الخاصة بالمجلس، حيث بينت المحكمة أنه " يجب أن تكون نصوص هذا النظام لا تخرج عما ورد في الدستور وأن لا تتضمن نصوصاً تتعارض مع الصلاحيات الحصرية التي تخص رئيس مجلس النواب المنصوص عليها.......وأن يضع المجلس ما يراه من احكام لتنظيم سير العمل فيه ".

اي أنه لا يمكن أن يتم ابتداع حكم في النظام الداخلي دون الاستناد إلى نص في الدستور وأن يكون الهدف منه تنظيم سير العمل داخل المجلس دون أن يتعداها إلى ايراد احكام موضوعية جديدة أو صلاحيات غير منصوص عليها.

والواقع أن النص على استكمال الجلسات بعد اعلان انعقادها دون وجود الأغلبية يشجع النواب على مغادرة القاعة ما دامت الجلسة لا تتضمن تصويتاً يعتبر اتخاذاً لقرارٍ، مع أن النقاش هو من صلب العمل البرلماني، كونه يؤدي إلى طرح مختلف الآراء والافكار، بما ينضج القرار الذي سيتخذ حتى بالنسبة للنواب الذين يتابعون النقاش ولا يشاركون فيه، حيث ستتوفر لديهم صورة واضحة تمكنهم من اتخاذ القرار الملائم عند التصويت.

**الفرع الثالث : علانية انعقاد الجلسات**

الدارج في العمل البرلماني هو أن تعقد الجلسات الخاصة بممثلي الشعب علانية، فالتنوع في الآراء والميول والانتماءات السياسية، يتطلب اعطاءها فسحة للتعبير عن ما تمثله وإذاعة ذلك للملأ، بالاضافة إلى اطلاع الشعب بشكل عام والناخبين بشكل خاص عما يتم نقاشه من مصالح وتطلعات.

والعلانية في الجلسات تتحقق من خلال إذاعة ونشر الجلسات الخاصة بالمجلس واتاحتها للجمهور، بالاضافة إلى السماح للأفراد العاديين والباحثين والصحفيين الحضور إلى المجلس والاطلاع على سير الجلسة.

الا أنه في احيان معينة تتطلب الضرورة عقد الجلسة بصورة سرية وذلك بناءً على طلب من رئيس الجلسة أو خمسة وثلاثون عضواً أو باقتراح مقدم من رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء، عندها يصار إلى اخذ رأي المجلس على صيرورة

[1] منشور على موقع المحكمة الالكتروني https://www.iraqfsc.iq/krarat/2/2010/87_fed_2010.pdf.

الجلسة سرية بأغلبية الحاضرين[1]، وهذه الضرورة قد تتمثل في حال مناقشة مواضيع حساسة تتعلق بالامن الوطني للدولة، أو للحفاظ على الامن والنظام العام، وغيرها من الأمور التي يقدر المجلس أهمية عدم إذاعتها علناً. حيث يؤدي هذا الأمر إلى فسح المجال للسرية في هذه الأحوال الخاصة، ويصار إلى منع حتى موظفي المجلس من حضور الجلسة، وقيام نواب الرئيس بتنظيم محضرها أو اي نائب يعهد اليه هذه المهمة، وتبقى مسألة تقرير إذاعة الجلسة السرية لاحقاً بعد زوال الضرورة لذلك إلى المجلس نفسه سواء إذاعتها أو نشرها كاملة أو مجتزأة. فالاصل في العمل البرلماني هو العلانية والاستثناء هو السرية، كونه لا يكون الا بطلب وفي حالات الضرورة لذلك.

## المطلب الثاني : نصاب اتخاذ القرارات

يختلف النصاب المراد توافره عند اتخاذ القرارات داخل مجلس النواب تبعاً لطبيعة الوظيفة التي يمارسها، حيث اشترط الدستور أغلبية خاصة في بعض الحالات، كما وأن طريقة التصويت على اتخاذ القرارات تختلف بين علنية وسرية، من حيث اجراءها، وكذلك وسيلتها حيث يكون التصويت برفع الأيدي أو الكترونياً أو عن طريق البطاقات.

وعلى هذا سوف نتناول هذا المطلب في فرعين الأول للأغلبية المراد توافرها لأتخاذ القرارات والثاني حول كيفية التصويت داخل مجلس النواب.

### الفرع الأول : الأغلبية المطلوبة عند اتخاذ القرارات

الاصل في اتخاذ القرارات داخل مجلس النواب هو توافر الأغلبية البسيطة لعدد أعضاءه بعد تحقق نصاب الانعقاد، ما لم يرد نصاً خاصاً يتطلب أغلبية موصوفة [2]، اي أن القرارات لا يمكن اتخاذها من قبل المجلس الا بعد تصويت أكثر من نصف الأعضاء الحاضرين بعد تحقق نصاب الانعقاد بحضور أغلبية أعضاء المجلس، فالأغلبية البسيطة يتم احتسابها على أساس الحاضرين لا العدد الكلي للمجلس.

وبالرجوع إلى الدستور نجده قد اشترط أغلبية خاصة في بعض الحالات، حيث اشترط توافر موافقة الثلثين في احوال تشريع عدة قوانين مهمة هي (قانون المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية[3]، وقانون مجلس الاتحاد[4]، وقانون المحكمة الاتحادية[5]). كما وتطلب هذه الأغلبية في حالات البت بصحة عضوية أعضاء المجلس، وكذلك اعلان الحرب وحالة الطوارئ، وانتخاب رئيس الجمهورية ومجلس الرئاسة، كما وتطلبها عند الموافقة على تعديل الدستور.

اما أغلبية الثلاث اخماس فقد نص عليها في حال نقض مجلس الرئاسة للقانون للمرة الثانية حيث لا يمكن اجازته عندها الا بعد تحققها بما يجعله غير قابل للاعتراض . كما وتطلب الدستور الأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس في احوال انتخاب رئيسه ونائبيه الأول والثاني، ومساءلة رئيس الجمهورية وسحب الثقة عن رئيس مجلس الوزراء، وايضاً في احوال الموافقة على حل المجلس.

---

[1] المادة ( 29/ أولاً) من النظام الداخلي .

[2] المادة (59/ ثانياً) من دستور جمهورية العراق.

[33] المادة (61/رابعا) من دستور جمهورية العراق.

[4] المادة (65) من دستور جمهورية العراق.

[5] المادة (92/ثانياً) من دستور جمهورية العراق.

**الفرع الثاني : التصويت**

يعتبر التصويت وسيلة لتنظيم منهجية عمل مجلس النواب بالاضافة إلى ضبطه للنقاشات والمداولات داخله حتى يكون لها قيمة، فالعمل داخل المجلس يكون على عدة مستويات بدءاً من النقاش والتشاور بين الأعضاء، ومن ثم الاستعانة بالمختصين والخبراء في المجالات ذات الصلة بالنقاش، وصولا إلى تشذيب المقترحات للاتفاق على رأي في مسألة معينة.

لذا تبرز أهمية التصويت على النقاش فالأخير هو عرض للأفكار ومحاولة لكسب ودّ الرأي العام في كثير من الاحيان، في مقابل الأثر الذي يتركه التصويت في المجتمع ككل، لتعلق القرارات المتخذة بجميع اطياف المجتمع، لذلك يقال أن ليس من المهم أن يكون النواب على حق وأنما ينبغي أن تكون لهم سلطة الأغلبية[1]. وهذه السلطة يترجمها التصويت بالارقام ولبحث التصويت ينبغي لنا معرفة اجراءاته، ثم أنواعه.

أولاً: اجراءات التصويت.

من خلال أحكام النظام الداخلي تبين لنا عدم تأثير الغياب على المناقشات التي يجريها المجلس بعد تحقق النصاب، على الرغم من الصورة السلبية التي ترسخت لدى الناخبين تجاه المجلس نتيجة لعدم اتخاذه اي اجراءات حقيقية تجاه تكرار حالات الغياب بالنسبة للعديد من الأعضاء، وعدم تطبيق احكام النظام الداخلي التي تقتضي توجيه تنبيه خطي لغرض الالتزام بالحضور، لمن يتكرر غيابه عن الجلسات دون عذر مشروع لخمس مرات متتالية أو عشر مرات غير متتالية، خلال الدورة السنوية، فأن لم يمتثل للتنبيه عرض الموضوع على المجلس، بناء على طلب الرئيس ونائبيه، يضاف اليها استقطاع نسبة من مكافأته الشهرية على ضوء ما يحدده المجلس[2].

أن عملية التصويت تتطلب تواجد الأغلبية المطلقة لعديد الأعضاء حتى يمكن اتخاذ قرار، وجرى العمل النيابي على التأكد من توافر نصاب الأغلبية كاجراء سابق على بدء النواب بالتصويت، حيث لا يمكن اعطاء الحق في النقاش اثناء عملية اتخاذ القرار، على اعتبار أن المجلس قد استنفذ كل النقاشات قبل اللجوء إلى اتخاذ القرار، كما ويتم التصويت شخصياً فلا يجوز النيابة هنا، لأن التصويت اجراء يتعلق بشخص النائب، وقناعته المتولدة في ضوء المداولات، وأن كان النظام الداخلي قد خلا من الاشارة إلى تنظيم هذه المسألة، الا أن سكوته لا يعني اجازة ذلك.

وكما بينا سابقاً يمكن للنواب اثارة موضوع عدم وجود نصاب من خلال نقطة النظام قبل البدء بالتصويت طبقاً للمادة (27) من النظام الداخلي، وفي حال اقتناع رئيس المجلس بوجه الأعتراض فأنه سوف يوعز إلى مقرري المجلس وبالتعاون مع الدائرة البرلمانية على التأكد من توافر نصاب الانعقاد من عدمه، كما قد تعمد رئاسة المجلس إلى ذلك من تلقاء نفسها، في حال مغادرة بعض النواب للجلسة سعياً لكسر النصاب، ومنع التصويت.

---

[1] Jean-Noël Ferrié, Baudouin Dupret et Vincent Legrand, *Comprendre la délibération* parlementaire, Revue française de science politique , (Vol. 58) , 2008 , P 801.

[2] المادة (18/ أولاً و ثانياً) من النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي.

**ثانياً: أنواع التصويت.**

أن طريقة التصويت داخل مجلس النواب تلعب دوراً أساسياً في اشتراك جميع القوى الممثلة داخله في اتخاذ القرار أو العمل على اقصاء فئة سياسية أو تهميش صوتها، حيث قد يأخذ بالتوافق بين رؤساء الكتل النيابية على قرار معين قبل التصويت عليه، من خلال دعوة رئيس المجلس أو هيئة رئاسته لجميع رؤساء الكتل داخله للاجتماع لأجل الخروج برؤية موحدة قبل التصويت، مما يؤدي إلى تكريس قرار يتمتع بدعم كل القوى الممثلة داخل المجلس، وفي احيان أخرى يصار إلى الأغلبية، متى ما تعذر الاتفاق على قرار أو رأي واحد.

ولم يبين الدستور ولا النظام الداخلي الأسلوب الذي ينبغي أن يتم به التصويت داخل مجلس النواب، الا فيما يخص انتخاب رئيسه ونائبيه الأول والثاني، حيث نصت المادة (55) من الدستور إلى صيغة الانتخاب السري المباشر والتي كررها النظام الداخلي في المادة (7/ثانياً) منه.

فالانتخاب السري المباشر، هو أولى الطرق التي يستخدمها المجلس في التصويت في جلسته الأولى، بعد اكتمال انعقاده، برئاسة اكبر أعضاء المجلس سناً، وقد درج المجلس على اجراء التصويت من خلال توزيع أوراق بيضاء على نوابه لغرض الادلاء بصوتهم في صندوق يعد لهذا الغرض، بما يؤمن حرية النائب في الادلاء بصوته وسرية اختياره[1].

كما وقد سار العرف داخل المجلس على أن يكون اختيار رئيس الجمهورية ايضاً بطريقة الانتخاب السري المباشر، على الرغم من خلو النظام الداخلي للمجلس وقانون احكام الترشيح لمنصب رئيس الجمهورية رقم (8) لسنة 2012 [2]، من تنظيم للكيفية التي يتم بها الانتخاب، وتتم عملية الانتخاب بذات الطريقة التي جرت بها انتخابات رئيس المجلس ونائبيه.

اما المبدأ الذي سار عليه المجلس في باقي حالات اتخاذ القرارات، فيتمثل باتباع أسلوب الاقتراع العام برفع الأيدي، والعلنية في أداء المجلس وطريقة اتخاذه للقرارات مرتبطة بعمل المجالس الممثلة للشعب، خلافاً للسرية التي تصاحب العمل التنفيذي[3]، وهذا التمسك بالعلنية يرتبط بعدة امور منها، تناول ما يشغل الأفراد داخل المجتمع من مسائل وثيقة الصلة بهم وبحياتهم اليومية، كذلك الحيلولة دون صدور أي تصرف يتعارض مع مهمة النائب في تمثيله لناخبيه، وبما يضمن اصواتهم مرة اخرى، كما وتساعد العلنية في قياس مدى درجة الرضا لدى الافراد تجاه ممثليهم، بالاضافة إلى ضمان الانضباط الحزبي بالنسبة للنواب، وفقا لتوجهات أحزابهم وكتلهم النيابية.

إن عملية التصويت برفع الأيدي تتطلب تدقيقاً في الاجراءات ليتسنى للمجلس تطبيق قواعد الديمقراطية، كونه يتضمن تركيبة سياسية مختلفة التطلعات والتوجهات.

[1] شهدت انتخابات رئيس مجلس النواب في 2018/9/15 قيام بعض النواب بالتقاط صور للأوراق الخاصة بالتصويت بعد ملئها ، وكذلك لم يكن هناك مكان مخصص لتدوين الاختيار ( كابينة اقتراع) معد لغرض ضمان السرية ، مما أثار انتقاداً شعبياً واسعاً وعلى اكثر من مستوى لعدم الحفاظ على سرية التصويت .

[2] منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 4231 في 2012/2/27 .

[3] فيما يخص سرية العمل الاداري ينظر بحث د. تغريد عبد القادر و د. يمامة محمد حسن كشكول و د. وائل منذر البياتي ،الأساس الدستوري لالزام الادارة بالشفافية ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد 34 ، 2018 ، ص 215 ومابعدها .

والعمل داخل المجلس جرى على قيام مقرري البرلمان بالتعاون مع موظفي الدائرة البرلمانية على عد الاصوات[1]، الا أن اجراءات العد اليدوي غالباً ما كانت شكلية أكثر منها إجراء يستهدف العدد الحقيقي، حيث خلت اغلب محاضر مجلس النواب من الإشارة إلى عدد أصوات النواب الذين أدلوا بصوتهم مع القرارات المتخذة أو ضدها أو امتنعوا عن التصويت[2].

وهذا يخدش ديمقراطية اتخاذ القرارات داخل الهيئة التي ينبغي أن تكون معبرة عن الإرادة الشعبية، اذ إن الاتفاق خارج المجلس على تمرير مشاريع القوانين أو اتخاذ قرار معين في مجال اختصاصاته القى بثقله على عملية اتخاذ القرار حيث اعتمد على ظاهر توافر الأغلبية دون حاجة إلى توثيقها عددياً في محاضر الجلسات، وهذه احدى المؤاخذات على آلية اتخاذ القرار داخل مجلس النواب. فمن غير المقبول والمنطقي تصريح رئيس المجلس باعتماده على التقدير عند التصويت وانه لا يلجأ الى العد الا في حال عدم تمكنه وهيئة رئاسة المجلس من تقدير عدد المصوتين ان كان يمثل أغلبية ام لا [3]. ذلك ان اعتماد الظاهر أو التقدير عند حساب الاصوات يشكل مخالفة صريحة لاحكام النظام الداخلي الذي بين في المادة (36/أولاً ) ان من مهام مقرري المجلس القيام بمراقبة فرز الاصوات واحتسابها بعد التصويت أعضاء المجلس، وبالتالي لا يمكن لرئيس المجلس ان يحل قراره في تقدير عدد المصوتين محل صراحة النظام الداخلي بوجوب عد الاصوات.

إن اعتماد الظاهر في التصويت بالاضافة الى ما يسببه من تشكيك في الاجراءات، وما شكله من جدال داخل المجلس، بين الرئيس والنواب كما حصل في الجلسة رقم (23) للمجلس المنعقدة في 2018/12/24 [4], بخصوص عملية التصويت على المرشح لتولي وزارة الدفاع، التي جرت اثناء الجلسة، فانه كان محل طعن دستوري امام المحكمة الاتحادية العليا، حيث استند الطعن باجراءات المجلس على اساس ان المحضر تضمن ما يؤيد حصول المرشح لتولي الوزارة على أغلبية المصوتين، حسبما ادعى المرشح في دعواه المرفوعة امام المحكمة، كما وطالب المدعي الرجوع الى التصوير الفيديوي للجلسة لتأكيد ذلك، غير ان تقرير خبراء الادلة الجنائية الثلاثة الذين انتدبتهم المحكمة لفحص فيديو الجلسة بين أن عدد الحضور هو (259) نائب جالس و(12)نائب واقف، اما عدد المصوتين على استيزار المرشح برفع الايدي، فقد كان (44) نائباً فقط، مع عدم امكانية معرفة عدد المصوتين في الصفوف الخلفية للمجلس لكون التصوير لم يكن شاملاً جميع تفاصيل الجلسة، وبالاضافة الى سرعة حركة الكاميرا مما حال دون إمكانية عدهم[5]، ولو رجعنا الى محضر الجلسة لوجدنا انه قد تم تثبيت عدد الحضور بـــ(251) نائب[6]، وقد بينت المحكمة في قرارها ان رئيس المجلس قد اعتمد على حساب الاصوات على التقدير بالعين المجردة، دون الايعاز الى

---

[1] المادة (36) من النظام الداخلي لمجلس النواب.

[2] من الامثلة القريبة على ذلك ما جاء بمحضر الجلسة رقم (19) في 2018/12/18 في الدورة الانتخابية الرابعة والتي تم التصويت فيها على وزراء التخطيط والتعليم العالي والثقافة، حيث يلاحظ خلو المحضر المنشور على موقع مجلس النواب الالكتروني من عديد النواب الذين صوتوا بمنح الثقة للوزراء أنفا ، في مقابل تم وضع عدد الاصوات بالنسبة لوزارة التربية التي لم تمنح المرشحة لها الثقة، حيث صوت لها 105 نائب من اصل 276 شكلوا نصاب الجلسة ، مع العرض أن حساب الاصوات تم على مرتين بعد أن بين رئيس المجلس أن الحساب الأول غير صحيح عند تقديمه اليه من قبل مقرر المجلس . وهذا الواقع لا يختلف عن جلسات منح الثقة بالوزراء فبالرجوع إلى جلسة المجلس المنعقدة في 2014/9/8 الخاصة بمنح الثقة بوزراء الدورة النيابية الثالثة ، نجد أن رئيس المجلس قد استخدم عبارة أغلبية واضحة بسرعة لا يمكن من خلالها عد الحاضرين ، واما بالاعتماد على التقدير في ذلك .

[3] اجابة رئيس مجلس النواب على اعتراض عدد من أعضاء المجلس على عدم اعتماد الحساب عند التصوين في الجلسة رقم 23 في 2018/12/24 معروضة كاملة على الموقع الرسمي للمجلس https://www.youtube.com/watch?v=koKftwe1t8k&list=PLDvbIRAwPEtbWqLiYfqB4Pq_lhEsWxhSx&index=45&t=5048s

[4] بالامكان مشاهدة الجلسة كاملة والجدال الي حصل فيها منشورة كاملة على الموقع الالكتروني لمجلس النواب العراقي https://www.youtube.com/watch?v=koKftwe1t8k&list=PLDvbIRAwPEtbWqLiYfqB4Pq_lhEsWxhSx&index=45&t=5048s

[5] القرار ذي العدد 237/ اتحادية/ اعلام /2018 في 2019/3/5 منشور على الموقع الالكتروني للمحكمة الاتحادية العليا https://www.iraqfsc.iq/s.2019/

[6] محضر جلسة مجلس النواب منشورة على الموقع الالكتروني للمجلس http://ar.parliament.iq/2018/12/24/محضر-جلسة-رقم-23-الإثنين-24-12-2018-م

مقرري المجلس القيام بالمهام الموكلة اليهم، بعد الاصوات بالتعاون مع الدائرة البرلمانية، كما رفض الرئيس الطلب المتضمن اعادة التصويت والذي قدم من قبل 52 نائباً دون الرجوع الى ارادة المجلس أو استشارة هيئة الرئاسة، وهذا يشكل مخالفة للنظام الداخلي للمجلس .

كما وان اعتماد مسألة التقدير في حساب الاصوات، وخلو محضر المجلس مما يؤكد عدد الاصوات التي تم الادلاء بها، دفع المحكمة الى عدم الاعتماد على محضر الجلسة واللجوء الى التصوير الفيديوي، باعتباره القدر المتيقن الذي يمكن الركون اليه في ارساء قرارها على ركائز قانونية، اذ وضح الخبراء في تقريرهم الى عدم قيام مقرري المجلس باحتساب الاصوات، وان هناك مشاكل فنية تضمنها التصوير، منها نقاط مظلمة في المقاعد الخلفية وعدم تغطية جميع القاعة بمستوى واحد، وتردد النواب في رفع الايدي وانزالها، بما حداها الى رد الدعوى لعدم تحقق الأغلبية الواجبة لمنح الثقة لمرشح وزارة الدفاع، وهذا يؤكد وجوب اعتماد اساليب تقنية حديثة لغرض حساب اعداد الحاضرين وكذلك المصوتين داخل المجلس لتلافي حالات التعارض في الاعداد والتي تشكك في مصداقية السلطة التشريعية امام الرأي العام.

اما الطريقة الثالثة التي اعتمدها المجلس على فترات متقطعة فهي الاقتراع الالكتروني السري، والذي يتم من خلال منظومة الكترونية، تمكن النائب من التعبير عن قراره في التصويت لصالح القرار أو ضده أو الامتناع عن الادلاء بصوته، من خلال الضغط على الزر المخصص لذلك الخيار، موضوع في محل جلوسه داخل المجلس، وهذه الطريقة توفر الجهد والوقت، في مسالة عد الاصوات، وكذلك السرعة والدقة عند ظهور النتيجة من على الشاشة المخصصة لحساب الاصوات، مع امكانية سحب قائمة باسماء النواب المصوتين والممتنعين عنه في اي وقت لاحق، بما يوفر قاعدة بيانات متكاملة حول نسق التصويت المتخذ من قبل النواب، مع توفيره الحرية الكاملة للنائب في التصويت.

الا أن ما يعاب عليه بانتهاج هذا الاسلوب هو عدم الشفافية والشكوك التي قد تثار حول امكانية التلاعب بالاصوات المدلى بها من خلال تحكم مسبق بالنتيجة، ويمكن تلافيه من خلال اعلان قوائم المصوتين لاحقاً على الموقع الرسمي للمجلس.

اما الاسلوب الأخير فقد تم اضافته بموجب المادة (35/ رابعاً) من قانون مجلس النواب رقم 13 لسنة 2018، والذي أوجب في احوال تعمد عدم اكتمال النصاب في حالة السؤال عن مدى قناعة أعضاء المجلس باجوبة عضو السلطة التنفيذية المستجوب، إلى إرسال ورقة تتضمن بيان مدى القناعة بالاجوبة تتضمن اسم النائب وثلاثة حقول هي (مقتنع، غير مقتنع، ممتنع) ويتم ارسالها إلى صندوق بريد النائب بعد انتهاء جلسة الاستجواب، في مدة اقصاها (24) ساعة وعلى النائب التأشير على خياره وإعادة الورقة إلى رئيس المجلس، خلال مدة اقصاها (48) ساعة من وصول الورقة إلى صندوق البريد الخاص به، على أن تجري عملية عد وفرز الأوراق، في أول جلسة تنعقد بعد انتهاء المدد انفة الذكر، وهذا التصويت هو اقتراع محدد بالاسم، وهو اسلوب يحاول المجلس من خلاله تلافي حالات عدم تحقق النصاب بعد اكتمال عملية الاستجواب، حيث تلجأ الكتل النيابية التي ينتمي اليها المستجوب إلى الامتناع عن الدخول إلى الجلسات سعياً لكسر النصاب القانوني، وعدم عقد الجلسة المخصصة بتقرير مدى قناعة المجلس بالاجوبة التي عرضت عليه.

الا أن النص وان كان قد أوجب على النائب التأشير على الورقة خلال (48) ساعة من ورود ورقة بيان القناعة اليه، لكنه لم يتضمن أي معالجة لحالات امتناع النائب عن اعادة الورقة أو التأشير عليها، حيث سيؤدي ذلك إلى نفس النتيجة

المترتبة على عدم انعقاد الجلسة، فيما لو لم يقم النواب باعادة الورقة إلى رئيس المجلس بنسبة تعادل الأغلبية المطلقة لعدد النواب. وكان الافضل أن يصار إلى النص على اعتبار عدم اعادة الورقة بمثابة امتناع عن التصويت، وبالتالي يتحقق نصاب اتخاذ القرار، وتحدد النتيجة على ضوء عدد المصوتين بالاقتناع من عدمه.

## الخاتمة

في ضوء ما عرضناه من واقع حال التطبيق العملي لادارة الجلسات والتصويت داخل مجلس النواب، نجد ان هناك عدة استنتاجات يمكن ايرادها في هذا المقام وهي:-

1. محدودية استخدام الوسائل الحديثة في توثيق سير جلسات المجلس، خصوصاً ما يتعلق بحساب الحاضرين والمصوتين.
2. عدم مراعاة الحساب العددي للاصوات المدلى بها من قبل النواب عند اجراء عملية التصويت العلني، مما يعكس سلباً على اداء المجلس ووجهة نظر الرأي العام تجاه مشروعية الدور الذي يقوم به.
3. مخالفة هيئة رئاسة مجلس النواب، احكام النظام الداخلي من خلال اعتماد التقدير، والظاهر في حساب اصوات النواب بما يشكل مخالفة للاحكام المنظمة لذلك.

وفي ضوء البحث والاستنتاجات التي توصل اليها، فاننا نوصي بالاخذ بالاجراءات اللازمة لتطوير عمل الواقع العملي لنظام التصويت داخل المجلس للارتقاء به بما يتلائم مع الدور الذي يقوم به استناداً الى الدستور، وبما يعزز بناء الديمقراطية ودعم دولة المؤسسات والقانون.

1. عصرنة ادوات عمل المجلس من خلال استعمال السبل التكنلوجية المعاصرة في تسيير عمله، سواء بالنسبة للحضور أو التصويت لما توفره من دقة وحيادية.
2. الاهتمام بالارشفة الالكترونية والورقية لمحاضر جلسات المجلس والعمل على طبعاتها لتأمين وصولها الى المهتمين والباحثين.
3. تجاوز العرف غير الصحيح اثناء عملية التصويت القائم على تقدير عدد المصوتين من قبل رئاسة المجلس، واعتماد اسلوب العد الحسابي وتثبيت ذلك في محاضر الجلسات.
4. تعزيز مكانة المعارضة البرلمانية من خلال توثيق الاتجاهات عند التصويت سواء بالنسبة للكتل النيابية أوالأعضاء بصفتهم افراداً.
5. تعزيز الصلة بين النائب وجمهوره من خلال الاعلان عن قوائم النواب وخياراتهم في التصويت، من خلال الموقع الالكتروني، بما يعزز الشفافية، في علاقة النائب بجمهوره، وكذلك يضمن لجمهور الناخبين المعلومات التي على اساسها، يمكنهم تقييم اداء النواب المنتخبين.

## المراجع


### أولاً: الكتب.

1. د. الجزائري . مروج هادي ، استقلال السلطة التشريعية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.
2. د. خالد . حميد حنون ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق، 2016.
3. د.سعيد . دانا عبد الكريم ، حل البرلمان واثاره القانونية على مبدأ استمرارية اعمال الدولة، دراسة تحليلية مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010.
4. د. صرصار . محمد شفيق ، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية ، المدرسة الوطنية الادارية ، تونس ، 2007 .
5. د.الطباطبائي . عادل ، السلطة التشريعية في دول الخليج العربي (نشأتها ، تطورها ، العوامل المؤثرة فيها) ، منشورات مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، الكويت، 1985
6. د. عبد الباقي . فارس محمد ، التحقيق البرلماني، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.
7. د. عبد الرحمن . افين خالد ، المركز القانوني لعضو مجلس النواب ، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة ، 2017 .
8. د. عثمان. خليل عثمان، القانون الدستوري (النظام الدستوري المصري)، ج 2، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1955.
9. د. الفضل . وائل عبد اللطيف ، اصول العمل النيابي البرلماني، دراسة على ضوء دستور جمهورية العراق لعام 2005، الجزء الثاني، سلسلة المعرفة البرلمانية -2-، بغداد، 2012.
10. د. فهمي . مصطفى ابو زيد ، النظام الدستوري لجمهورية العربية المتحدة ، دار المعارف ، القاهرة ، 1966 .

### ثانياً: القوانين والانظمة

1. دستور جمهورية العراق لعام 2005.
2. النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي .
3. قانون مجلس النواب العراقي رقم 13 لسنة 2018.

### ثالثاً : البحوث والمقالات.

1. د. شبر . رافع خضر صالح ، و حميد . وليد حسن ، الوظيفة التشريعية للبرلمان الاتحادي في الدولة الاتحادية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة السادسة، كلية القانون، جامعة بابل، 2014.
2. د. الشكري . علي يوسف ، الثنائية التشريعية في العراق ضرورة ام تاكيد للفدرالية، دراسة تحليلية نقدية، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، النجف الاشرف، العدد الأول، السنة الأولى، 2006.
3. صديق . غادة محمد ، التنظيم الدستوري لتسمية رئيس مجلس النواب العراقي وفق دستور العراق لعام 2005، بحث مقدم إلى كلية القانون، جامعة القادسية كأحد متطلبات الحصول على شهادة الماجستير، 2017.
4. د. عبد الرحمن . فايز محمد و د. بطارسة . سليمان سليم ، الإطار الدستوري للنظام الداخلي لمجلس النواب الاردني ، بحث منشور في مجلة جامعة عمان العربية للبحوث، العدد 1 ، 2018 .
5. د. عبد القادر . تغريد و د. كشكول . يمامة محمد حسن و د. البياتي . وائل منذر ،الأساس الدستوري لالزام الادارة بالشفافية ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العدد 34 ، 2018 .

6. د.القزويني . محسن ، حق مجلس النواب في تشريع القوانين في دستور العراق لعام 2005، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت، العدد 18، السنة 11، 2015.

**رابعاً : المراجع باللغات الاجنبية .**

1. Ferrié . Jean-Noël, Baudouin Dupret et Vincent Legrand, *Comprendre la délibération* parlementaire, Revue française de science politique , (Vol. 58) , 2008.

# تذييل الأحكام الأجنبية الأسرية بالصيغة التنفيذية بين إعمال آلية النظام العام و قاعدة التنازع

**Appendix of foreign family provisions in the executive form between the implementation the mechanism of public order and the rule of conflict**

د. جمال الخمار

جامعة سيدي محمد بن عبد الله – فاس –كلية متعددة التخصصات بتازة – المغرب

**الملخص:** يعتبر موضوع تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية ذا أهمية بالغة، الأمر الذي دفع بالمشرع الأسري المغربي إلى إيراد مادة فريدة في هذه المسألة سعيا منه إلى تليين من مسطرة التذييل بهدف التخفيف من المشاكل التي كان يعيشها أفراد الجالية المغربية في المهجر، فمدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تتطرق لهذا التذييل، خاصة أثناء انحلال ميثاق الزوجية، مما جعلت بعض الاجتهادات القضائية تربط النظام العام بقواعد هذه المدونة واشترطوا التطبيق الحرفي لها من طرف القاضي الأجنبي.

ولهذا نجد المشرع المغربي من خلال المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية أضفى مرونة على النظام العام من أجل تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب.

غير أنه في الحقيقة حصر تذييل الأحكام الاجنبية في تلك المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية، لا يعني استبعاد العقود المتعلقة بالنظام الاسري، حيث إنها هي الأخرى تكون قابلة للتذيل بالصيغة التنفيذية مادامت لا تخالف النظام العام، كما إذا كان العقد الأجنبي يتعلق بالزواج أو الطلاق الاتفاقي و غيرها من العقود الأسرية، غير أن إعمال هذه الألية رهين بتطبيق القاضي المغربي لقواعد الإسناد لحل تنازع القوانين.

**الكلمات المفتاحية:** النظام العام ــ تنازع القوانين ــ قواعد الإسناد ــ العولمة ــ الزواج المختلط.

**Abstract :** The issue of the appendix to foreign judgments in the executive version is of great importance, which prompted the Moroccan family legislator to introduce a unique article on this matter in order to soften the appendix's procedure in order to alleviate the problems that the members of the Moroccan community lived in the Diaspora. Of this appendix, especially during the dissolution of the Matrimonial Charter, which has led some jurisprudence to link public order to the rules of this Code and to require the literal application by the foreign judge?

Thus, the Moroccan legislator, through Article 128 of the Moroccan Family Code, has given flexibility to public order for the implementation of foreign judgments in Morocco.

In fact, the appendices of foreign provisions in those relating to the termination of marital union do not mean the exclusion of contracts relating to the family system, since they are also enforceable in the executive form as long as they do not contravene public order, or if the foreign contract relates to marriage, Of family contracts, but the implementation of this mechanism depends on the application of the Moroccan judge of the rules of attribution to resolve the conflict of laws.

**Key words :** General system _ Conflict of laws _ Rules of attribution _ Globalization _ Mixed marriages.

**مقدمة**

إن موضوع تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية وما يترتب عنها من أثار، من أكثر المواضيع إثارة للجدل على صعيد فقه القانون الدولي الخاص، وتباين مواقف التشريعات المقارنة، واختلاف التطبيقات القضائية لكل دولة، ولاسيما أن الأمر يتعلق بنفاذ حكم صادر من دولة أجنبية، وبالتالي فهو إقتطاع جزء من السيادة الوطنية، وذلك لتيسير المعاملات الدولية الشخصية والعينية، وخاصة أمام سرعة إنتقال الأشخاص عبر العالم لوجود عولمة أصابت كل شيء.

ولذلك يلاحظ أن تذييل الاحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، والذي نظمه المشرع المغربي في قوانين شتى حتى على مستوى الإتفاقيات الدولية سواء كانت ثنائية أو متعددة، يجمعها قاسم مشترك وهو إمكانية إستبعاد الأحكام القضائية الأجنبية إذا كانت مخالفة للنظام العام، وخاصة أن المشرع المغربي لم يبين المقصود بهذا النظام العام.

فإلى أي حد يمكن المزاوجة بين إعمال ألية النظام العام و تنازع السيادات في إطار تنازع القوانين لتنفيذ الأحكام الأجنبية؟

للإحاطة بهذه الإشكالية، يتطلب منا معالجتها في ظل فصلين، الفصل الأول سنتطرق فيه لأليات تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، أما الفصل الثاني سنتطرف فيه لموقف قسم قضاء الأسرة بصفرو المغربية كتطبيق للمبادئ التي تحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب وخاصة أليات استخدام النظام العام، وذلك على الشكل التالي:

**الفصل الأول: أليات تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية**

**الفصل الثاني: التطبيق القضائي للنظام العام ــ موقف محكمة قسم قضاء الأسرة بصفرو نموذجا ــ**

## الفصل الأول: أليات تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية

تنفيذ الأحكام الصادرة من دول أجنبية، يتطلب إجراءات خاصة سواء كانت موضوعية أو شكلية لقبول تذييلها، غير أن أهم ما يميز هذه الاليات هو إعمال النظام العام لاستبعاد تذييل هذه الاخيرة أو قبولها لتنفيذ هذه الاخيرة إذا كانت لا تتنافى بصورة واضحة مع النظام العام المغربي.

وتجدر الاشارة الى أن للأحكام الأجنبية خصوصيات معينة وجب توفرها في هذه الاخيرة حتى نقبل بوجود تذييل وهي مرتبطة بمبادئ القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين (المبحث الاول)، ومادام أن النظام العام يلعب أدوار طلائعية من أجل الحد من أثار بعض الاحكام الاجنبية، فإنه من الضروري إعماله ولكن بشروط مرتبطة بوجود تنازع قانوني ما بين الدولة الصادرة والمستوردة (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: خصوصيات تذييل الاحكام الاجنبية بالصيغة التنفيذية

لا يمكن للقاضي المغربي الوصول الى الحلول الوضعية المقررة لمعالجة النزاعات الخاصة الدولية، الا اذا قطع بعض المراحل الاساسية التي تمكنه من اعتبار النزاع يكتسي صبغة دولية، فيدخل بالتالي في دائرة نفوذ القانون الدولي الخاص.

وبالتالي لا يمكن الحديث عن التذييل، إلا اذا وجد تنازع بين قانونين (المطلب الأول)، ولكي يتم تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية في المغرب، إشترط المشرع المغربي مجموعة من الشروط ( المطلب الثاني).

### المطلب الأول: شروط التنازع القانوني من أجل تنفيذ الأحكام الأجنبية المرتبطة به

مشكلة تنازع القوانين لا تثور إلا إذا كانت العلاقة القانونية تتضمن عنصرا أجنبيا واحدا على الاقل من عناصرها، وحينما تتضمن العلاقة القانونية عنصرا أجنبيا، نبحث حول أنسب القوانين التي يتعين تطبيقها على العلاقة التي تثار النزاع بشأنها، وذلك لأنه باحتواء العلاقة على عنصر أجنبي ينطوي على معنى اتصال العلاقة بأكثر من قانون واحد، فإذا تعلق النزاع مثلا برابطة زوجية بين مغربي وبلجيكية، فقد يوجب الرجوع الى القانون المغربي، بوصفه القانون الوطني طبقا للمادة الثانية من مدونة الأسرة، وقد يدفع الاعتقاد باستشارة القانون البلجيكي أيضا استنادا الى ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب الصادر سنة 1913، وكذلك استنادا الى أن الزوجة، في ظل التشريعات الوضعية الحديثة، أصبحت مستقلة بجنسيتها عن جنسية زوجها، بل وقد يقضي الى القول بتطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها الزواج استنادا للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة.

وبما أن التنازع بين القوانين، لا ينشأ إلا إذا كان أحد عناصر العلاقة القانونية أجنبيا، فإن الصفة الأجنبية قد تلحق عنصرا واحدا فقط من عناصر العلاقة القانونية، وقد تطرأ على عنصرين من عناصرها، وقد تطال كل العناصر الثلاثة التي تتكون منها العلاقة القانونية أو المركز القانوني[1].

وكلما تحققت الصفة الأجنبية في عنصر أو في بعض أو في كل عناصر العلاقة القانونية كانت العلاقة أجنبية، فترتب عليها بالتالي قيام التساؤل في القانون الواجب تطبيقه من بين القوانين التي تتنازع في حكمها؟

فلا يصح الحديث عن قيام تنازع القوانين، وبالتالي الحديث عن موضوعات القانون الدولي الخاص، ومنها القواعد الخاصة بتذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية، إلا إذا كان التنازع متجسدا في تزاحم بين قانونين متعارضين أو أكثر، صادرين عن دولتين أو أكثر، وكان هذا التزاحم قائما بين قوانين تندرج فيما اصطلح على تسميته بالقانون الخاص، كما أن التنازع يقتضي أخيرا أن يكون بين قانونين أو قوانين متشابهة في الأسس التي تنبني عليها.

ولكن ما يهمنا في هذا البحث هو شرط يتعلق بأن التنازع لا يمكن أن يثور إلا بين القوانين الصادرة عن دول مختلفة ومستقلة عن بعضها البعض. وبالتالي لن نخوض في الشروط الأخرى.

[1] ـــ موسى عبود: الوجيز في القانون الدولي المغربي، مطبعة المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 1986، ص 17.

فمن الضروري لكي يكون هناك تنازع بين القوانين. أن تكون هذه الدول قد اعترف بعضها بالبعض الأخر، على أساس أن الشخصية الدولية لا تنشأ بمجرد اكتمال عناصر الدولة، بل لا بد من الاعتراف بها وما يترتب على هذا الاعتراف من امكانية اكتساب الدولة لهذه الصفة في مواجهة بعض الدول دون البعض الأخر[1].

وتطبيقا للفكرة السابقة، لا يمكن القول بوجود تنازع بين القانون المغربي والقانون الصادر عن الكيان المزعوم الاسرائيلي، لأن المغرب لا يعترف بأن اسرائيل دولة، ولان تذييل الاحكام الاجنبية بالصيغة التنفيذية تفترض وجود دولة أجنبية، فأين هذه الدولة؟

وبالتالي فالتذييل من أهم أثار تنازع القوانين، وبالتبعية تسجيل دعوى لدى محاكم المملكة المغربية متعلقة بتذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية أمر مرفوض، وبالتالي وجب رفضها ابتداء وليس انتهاء.

ولقد سبق أن طرحت مسألة تتعلق بالتنازع بين دول لا تعترف بعضها بالبعض، ولاسيما في روسيا بعد سنة 1917، وقبل أن تعترف كثير من الدول بالنظام السوفياتي، فقد رفضت المحاكم الاوربية تطبيق القوانين التي اصدرتها الدولة السوفيتية الجديدة، استنادا الى أنها سلطة لا وجود لها من الناحية القانونية[2].

ومن أشهر القضايا التي عرضت على المحاكم الفرنسية في هذا الاطار، الواقعة المعروفة باسم قضية " حرير أوديسا"، التي تتلخص وقائعها في أن شخص شحن من ميناء أوديسا باخرة محملة بالحرير الخام، بغية ارسالها الى مدينة مرسيليا، لكن السلطات الروسية صادرت الشحنة وفقا للقوانين الجديدة، وباعتها لشخص أخر أرسلها الى مرسيليا، فلما وصلت أوقع عليها المالك الأصلي حجزا، وطلب من المحاكم الفرنسية تثبيت ملكية لها.

عندئذ قضت له المحاكم المذكورة بالملكية، على الرغم من ان قاعدة التنازع الفرنسية تقضي بان ملكية المنقول تخضع لقانون الموقع الذي وجد فيه المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه اكتساب الملكية[3].

ونستشف أنه لا يمكن المرور الى تطبيق القانون الاجنبي، وبالتالي تذييل الاحكام الاجنبية بالصيغة التنفيذية إلا اذا وجد تنازع بين القوانين بأركانه وشروطه الأساسية، وإلا كان مصير الدعوى المرفوعة عدم القبول.

### المطلب الثاني: شروط تذييل الأحكام الاجنبية بالصيغة التنفيذية

عندما نصل مرحلة تطبيق القانون الاجنبي، نفترض أن قاعدة الإسناد المقررة في قانون القاضي عرض عليه النزاع قد قضت بتطبيق قانون أجنبي معين، وإنه لم يكن هناك أي سبب يقتضي استبعاد القانون الأجنبي المختص.

وفي هذه المرحلة، تثار مجموعة من التساؤلات التي تدور حول ما اذا كان القاضي يعمد من تلقاء نفسه إلى تطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه، أم أن تطبيق القانون الأجنبي يتوقف على مطالبة الأطراف وإقامة الدليل على أحكامه؟

---

[1] ــ أحمد زوكاغي: تنازع القوانين، الجزء الثاني، مطبعة كلية الحقوق الرباط، السنة 2003، ص 12.
[2] ــ الحسين بلحساني: الموجز في القانون الدولي الخاص، مطبعة الجسور، الطبعة الثالثة، 2004، ص 15.
[3] ــ أحمد زوكاغي: المرجع السابق، ص 12.

وهل يخضع الخطأ في قاعدة الإسناد، والخطأ في القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض أم أن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة مطلقة في هذا الشأن؟ وأخيرا، ماهي الصفة التي يطبق بها القانون الأجنبي المختص؟ هل يعتبر من قبيل الوقائع أم أنه يظل محتفظا بكيانه القانوني؟ وعندئذ هل تتداخل أحكامه في قانون القاضي ويصبح جزءا منه أم أنه يظل محتفظا بصفته الأجنبية؟

وقد اختلفت الاتجاهات الفقهية[1] في تحديد طبيعة القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد المقررة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع، فهناك اتجاه يرى أن أساس تطبيق القانون الأجنبي يتمثل في فكرة الحقوق المكتسبة، وهناك اتجاه يعتبره كامنا في فكرة التلقي أو الادماج[2] في حين يعتقد اتجاه ثالث بوجود انابة أو تفويض صادر عن المشرع الوطني[3].

وبالتالي عندما نكون أمام قاعدة تنازع القوانين وامكانية تطبيق القانون الاجنبي، نبحث عن أثار الأحكام الأجنبية والتي نقصد بها تذييلها بالصيغة التنفيذية، لأنها متعلقة في الواقع باحترام الحقوق المكتسبة، لان التمسك في بلاد ما بحكم اجنبي هو عبارة عن التمسك بحق مكتسب في الخارج، وعلى ذلك يمكن إلى حد ما أن تنطبق على هذه القواعد العامة بشأن احترام الحقوق المكتسبة.

ولكن هذه القواعد لا تكفي وحدها، لأن الحكم الأجنبي لا يمكن أن ينتج كل أثاره داخل بلاد أخرى إلا إذا أعطي قوة تنفيذية على ما قضى به الحكم، وذلك بوضع الصيغة التنفيذية عليه، وتنتج هذه القوة التنفيذية عن الأمر الذي يعطي باسم رئيس الدولة التي ينفذ فيها الحكم، والصيغة التنفيذية هذه هي التي ينص عليها في المغرب في الفصول 430 و 431 و 432 و 433 من قانون المسطرة المدنية، والفصل 19 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، والمادة 128 من مدونة الأسرة، وتضاف إليهما نصوص تكميلية تتعلق بمسائل معينة منها القوة الاثباتية للأحكام الأجنبية طبقا للفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود، وسلطة أمين التفليسة التي أشهرت بحكم قضائي صادر في بلاد أجنبية لاتخاذ بعض التدابير بشأن أموال المفلس الموجودة في المغرب دون ضرورة الحصول على الامر بالتنفيذ طبقا للفصل 20 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب.

كما يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار مقتضيات الاتفاقيات التي أبرمها المغرب مع الدول أخرى بعد الاستقلال، وكذلك الاتفاقيات المبرمة باسم المغرب من طرف فرنسا في عهد الحماية والتزم المغرب بقبولها[4].

ويمكن تصنيف المقتضيات التي تضمنتها النصوص المشار اليها أولا إلى صنفين، صنف يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية، وصنف أخر يتعلق بالأثار الأخرى التي يمكن أن تتمتع بها الأحكام الأجنبية، بصرف النظر عن تنفيذها، أما الاتفاقيات القضائية الدولية فتنظم تنفيذ الأحكام الأجنبية بين المغرب والدول المعنية بالأمر.

فلا يمكن أن نعترف بأثار الحكم المتعلق بالكيان الاسرائلي المزعوم حتى ولو لم يذيل بالصيغة التنفيذية؟ وهل يمكن أن نعتبر الحكم الاسرائلي المزعوم بالاجنبي؟

[1] ـــ محمد الشرقي: تأثير الديانة في نطاق القانون الدولي الخاص للبلدان الاسلامية، مجموعة محاضرات اكاديمية لاهاي للقانون الدولي، 1987، ص 32.

[2] ـــ هشام خالد: التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار الفكر الجامعي الاسكندرية، الطبعة الأولى 2001ـــ ص 123.

[3] ـــ محمد كمال فهمي: التنازع المتحرك في القانون الدولي الخاص، اطروحة لنيل الدكتوراه القانون الخاص، جامعة عين شمس، كلية العلوم القانونية القاهرة، السنة الجامعية 1990ـــ 1991، ص 130.

[4] ـــ موسى عبود: المرجع السابق، ص 336.

وخاصة أن قرار محكمة النقض[1] ذهب إلى أن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية تكون حجة على الوقائع التي تثبتها حتى قبل صيرورتها قابلة للتنفيذ.

وبالتالي إذا لم تعترف الدولة المغربية بدولة أخرى لا يمكن أبدا أن نتحدث عن حكم أجنبي، حتى يتم تذييله أو عدم تذييله بالصيغة التنفيذية.

فالحكم الأجنبي يكتسي قوة ثبوتية، ويستمد هذا الأمر من قوة الإقناع الثابتة في صلب الاحكام الاجنبية للتدليل على صحة بعض الوقائع، وقد تبنى المشرع المغربي هذا المقتضى في الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود لما قرر بأن الأحكام الاجنبية يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها، حيث ذهب قرار صادر عن محكمة النقض[2] إلى أنه " يمكن للأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ، وهذه الحجة وإن وردت في القانون المدني، فإنها غير قاصرة على الوقائع والتصرفات التي يثبتها هذا القانون، بل تشمل أيضا مايتعلق بالأحوال الشخصية".

وتختلف القوة الثبوتية عن القوة التنفيذية التي تكتسيها الأحكام بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية، وصيرورتها نهائية في أمر جوهري يرتبط بقدرة هذه الاخيرة في تمكين حاملها من الاستنجاد بالقوة العمومية على تنفيذ الالتزامات التي تشتمل عليها، وهو الامر الذي لا يكون متاحا في الحالة الاولى[3].

فالفصل 430 من قانون الالتزامات والعقود يخضع تنفيذ الاحكام الاجنبية الى ضرورة تعزيزها بالصيغة التنفيذية، كما ينص على الشروط التي يجب أن تخضع لها منها هذه الصيغة.

ولا يمكن للمحكمة المغربية أن تمنح الامر بالتنفيذ الا اذا توفرت في الحكم الاجنبي المطلوب تنفيذه الشروط الاتية:

ــ أن تكون المحكمة الاجنبية التي أصدرت ذلك الحكم مختصة لاصداره، وينظر الى هذا الاختصاص من جانبين: دولي وداخلي، فمن حيث الجانب الدولي يجب ان تكون محاكم الدولة التي أصدرت الحكم هي المختصة بمقتضى قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها في المغرب.

ــ أن تكون المحكمة الاجنبية قد طبقت قواعد المسطرة تطبيقا صحيحا.

ــ أن يكون الحكم الاجنبي المطلوب تنفيذه أصبح في البلاد التي صدر فيها نهائيا وقابلا للتنفيذ.

ــ عدم مساس أي محتوى من محتويات الحكم الاجنبي بالنظام العام المغربي.

[1] ــ القرار عدد 58، الصادر بتاريخ 10 فبراير 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/468، (غير منشور).

[2] ــ قرار عدد 168 المؤرخ في 2011/05/17، ملف شرعي عدد 2010/1/2/779، (غير منشور).

[3] ــ حسن ابراهيمي: دراسات عملية في مدونة الاسرة، مطبعة المعارف الرباط، الطبعة الاولى 2018، ص 14.

كما أنه لتنفيذ حكم أجنبي من الواجب اتباع مسطرة قانونية، وهي اولا ان ترفع الدعوى امام المحكمة المختصة، وهي المحكمة الابتدائية لموطن أو محل اقامة المدعى عليه، ولما كان التنفيذ عند عدم وجود موطن أم محل اقامة للمدعى عليه في المغرب، وانما تكون له اموال يمكن التنفيذ عليها.

ويقدم الطلب بمقال افتتاحي طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

ويجب أن يرفق الدعوى بالوثائق التالية:

ــ نسخة رسمية من الحكم.

ــ أصل وثيقة التبليغ أو كل وثيقة تقوم مقامها.

ــ شهادة من كتابة الضبط المختصة تشهد بأنه لا يوجد أي تعرض ولا استئناف ولا طلب نقض ضد الحكم المطلوب تنفيذه.

ــ ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للوثائق المشار إليها أعلاه مصادق على صحتها من طرف ترجمان محلف.

ويجب أن يتضمن المقال الافتتاحي صراحة في منطوقه تنفيذ الحكم الأجنبي والنص الكامل لمنطوق ذلك الحكم.

ويمكن للمدعي عليه أن يتمسك بالدفوعات العادية بما فيها الدفع بعدم اختصاص المحكمة المعروض عليها طلب التنفيذ.

أما الدفع بعدم اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم المطلوب تنفيذه فيعتبر هنا دفعا في الجوهر، لأنه يتعلق بتوفر الشروط اللازمة لمنح التنفيذ، ولذلك لا يجوز التمسك به.

ولذلك يستشف أن مسطرة التذييل هي مسطرة خاصة، لذلك لا يمكن اللجوء اليها، الا إذا وجد تنازع قواعد الاسناد من حيث المكان والزمان، لانها لا تثار إلا بعد التنازع المكاني والزماني بين قواعد الاسناد في قانون القاضي، فمن غير الملائم طرح مشكلة التذييل، قبل حل هذا التنازع بشقيه المكاني والزماني، فعندما تعرض على المحكمة دعوى أحد أطرافها أجنبيا أو كل عناصرها أجنبية، لا يمكن أن نتحدث عن التذييل قبل البت في التنازع الواقع أمام القاضي الوطني، وإلا سقطنا في التناقض، بحيث قد يحكم القاضي بقبول الدعوى شكلا أي بصيغة أخرى وجود شروط التقاضي المنصوص عليها في المسطرة المدنية في الدعوى المرفوعة، ولكن هل توجد شروط التنازع المنصوص عليها في القانون الدولي الخاص؟

لأن خصوصية هذه الدعاوي وجب المزاوجة بين القانونين من أجل البت في مثل هكذا دعاوي، لأني أعتقد بأن قبول القضاء في مثل هذه الدعاوي شكلا قد يجد نفسه أمام حالات شاذة، كما هو الحال في الحكم الصادر من قسم قضاء الأسرة بصفرو والذي سنتطرق إليه في الفصل الثاني من هذا البحث، أو أمام أحكام صادرة من المدينتين السليبتين سبتة ومليلية مثلا.

وقد يجب قائل بأن القضاء يتوفر على ألية متعلقة بالنظام العام لتفادي الحالات الشاذة، إلا أن هذا النظام العام هل يستخدم بدون شروط؟ وهل تفعيل هذا الأخير بصورة أتوماتيكية يجعل التعامل الدولي مستحيلا؟

كل هذه التساؤلات سنحاول الاجابة عنها في المبحث الثاني.

## المبحث الثاني: استخدام النظام العام لرفض الأحكام الاجنبية

ان استخدام فكرة النظام العام يمكنه أن يؤدي الى استبعاد القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الاسناد (المطلب الاول)، رغم أن المشرع المغربي حاول تليين النظام العام المغربي وخاصة في مجال إبرام عقود الزواج وإنهاء الرابطة الزوجية (المطلب الثاني).

### المطلب الاول: محددات النظام العام المغربي

يستحيل تطبيق القانون في ثلاث حالات[1]:

ــ متى تعذر تعيين القانون المختص بسبب انعدام أحد العناصر التي يتوقف عليها إعمال قاعدة الاسناد، مثلا متى كان القانون المختص هو القانون الوطني للشخص، وكان الشخص بدون جنسية طبقا للفصل الخامس من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب يقضي في هذه الحالة بتطبيق القانون الفرنسي.

ــ متى تعذر تعيين مضمون القانون الأجنبي، وقد أصبح هذا الافتراض حالة الاستعجال حين يقتضي تطبيق القانون الأجنبي إجراءات تستغرق مدة من الزمن.

ــ متى أغفل الخصوم التمسك بالقانون الأجنبي، وذلك في نطاق النظرية القائلة بعدم تطبيق القانون الأجنبي تلقائيا من طرف القاضي.

ومن المعلوم أن الدفع بالنظام العام يعد الوسيلة الوحيدة التي تخول للقاضي المعروض عليه النزاع، الدفاع عن المبادئ الجوهرية والأساسية للدولة التيي ينتمي إليها في مواجهة القانون الأجنبي الذي يتعارض معها[2].

إلا أن الاستخدام المتكرر لهذا الدفع، سيعطل بشكل كامل ألية تنازع القوانين التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص، فلا يمكن قبول استبعاد القانون الأجنبي لمجرد اختلافه عن قانون دولة القاضي، وذلك أن القبول بمبدأ تطبيق القانون الأجنبي على النزاع في القانون الدولي الخاص، يعني التسليم مسبقا بامكانية اختلاف هذا القانون عن القانون الوطني، فمادامت قاعدة الاسناد لبلد القاضي، حيث يقول أحدهم[3] " أن الظام العام تعطي الاختصاص للقانون الأجنبي كي يطبق على الخصومة، فإنها تقبل مسبقا أن يحل النزاع وفقا لذلك القانون حتى وإن كان مختلفا عن قانون القاضي، لان العلاقة موقع النزاع لا ترتبط في الواقع ببلد القاضي، وإنما بالبلد الأجنبي، ومن ثم فإن لهذا الأخير الأولوية في تنظيمها وفقا لسياسته التشريعية".

الرأي فيما أعتقد بأن النظام العام لا يتدخل لاستبعاد القانون الاجنبي، إلا في حال تعارض هذا الأخير بشكل صارخ وصادم للمبادئ الجوهرية لدولة القاضي.

[1] ــ moulay rchid abderzzak: le droit international privé du Maroc independant en matiére de statut personnel, le statut personnel des musulmans, droit compare DHP, Braylant, Bruxelles, 1997, Page 166.

[2] ــ محمد وليد المصري: محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق الكويتية، المجلد 27، العدد 4، ديسمبر 2003، 146.

[3] ــ العياشي المسعودي: محاضرات في القانون الدولي الخاص، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهراز فاس، الطبعة الأولى، 1991،ص 261.

كما أن أثر التمسك بالنظام العام في بلد القاضي، يتعلق بحق أكتسب في الخارج، يختلف عن الحالة المتعلقة بنشوء هذا الحق لأول مرة أمام القاضي الأجنبي.

**المطلب الثاني: تليين النظام العام المغربي في مواجهة تحديات العولمة**

إن الزواج المبرم في المغرب بين زوجين أجنبيين طبقا للقواعد الجوهرية والشكلية تعتبر في المغرب زواجا صحيحا منتجا لأثاره القانونية طبقا لظهير الوضعية المدنية للفرنسيين و الاجانب.

واذا كان الزوجان من جنسية واحدة قبل الزواج او اصبح من جنسية واحدة بعد الزواج في اثاره يعينها قانونهما الوطني المشترك. أما اذا كان هذين الاخيرين من جنسيتين مختلفتين فان حقوق وواجبات كل من الزوجين يعينها قانونهم الوطني.

والاصل أن الحقوق المكتسبة في بلاد ما طبقا لقواعدها تحترم في البلاد الأخرى، ولكن هذه القاعدة لا يمكن أن تطبق في المغرب على الزواج المبرم في بلاد أجنبية بين أجنبيين، بل من حق المحكمة المغربية ومن واجبها أيضا إذا عرض عليها نزاع بشأن هذا الزواج أن تبحث في صحته على ضوء القانون الوطني للزوجين[1].

والنظام العام المغربي في مجال الزواج عرف مجموعة من المتغيرات تروم لتليينه، وذلك لتفادي الحالات الشاذة وخاصة بالنسبة للمغاربة اللذين يعقدون زيجاتهم في الخارج، بحيث سمح لهم طبقا للمادة 14 من مدونة الاسرة بإمكانية إبرام المغاربة لعقود زواجهم في الخارج وفق الاجراءات الادارية المحلية لبلد إقامتهم.

وبالتالي المشرع المغربي إختار تطبيق القاعدة التي تقوم على خضوع شكل التصرفات لقانون مكان الابرام " LOCUS REGIT ACTUM" .

ولا شك أن هذا التعديل تحكمت فيه عدة اعتبارات منها:

ـــ التيسير ورفع الحرج على المغاربة بالخارج.

ـــ إعطاء الشرعية لعقود الزواج المبرمة بالدول التي لا تتواجد بها قنصليات مغربية.

ـــ مسايرة التعديلات الملحقة بقانون الحالة المدنية.

ـــ محاولة الحد من الاشكالات المترتبة على الابرام المزدوج لعقد الزواج.

رغم الايجابيات التي حملها التعديل، وذلك بتليين النظام العام فيما يخص الزواج، غير أن التنصيص على ضرورة احترام شكلية حضور شاهدين مسلمين أثناء ابرام عقود الزواج، وعدم التنصيص على اسقاط الصداق وانتفاء موانع الزواج، يجعل

[1] ـــ الحسين بلحساني: الوجيز في القانون الدولي الخاص، مطبعة الجسور وجدة، الطبعة الرابعة 2003، ص 120.

اقامة هذا الزواج في الخارج وخاصة لدى الدول الغربية مستحيلا، لأن الدين والصداق وغيرها من الموانع تعتبر من مبررات إعمال ألية للنظام العام لدفع القانون الأجنبي، وفي المقابل يعتبر تعدد الزوجات من النظام العام في المغرب، وبالتالي يسمح للأجنبي المسلم بتعدد الزوجات ولو كان قانونه الوطني يمنعه من ذلك ( مثلا هولندي مسلم)، وكذلك لا يسمح للأجنبية المسلمة بأن تتزوج غير مسلم ولو كان قانونها الوطني لا يأخذ بعين الاعتبار الفوارق الدينية.

وبالتالي يستنتج أن هناك تقابل عكسي للنظامين العامين المغربي المسلم والغربي العلماني، وبالتالي إعمال هذه الألية هي مرحلة أخيرة من النزاع للتخلص من مقتضياتها السلبية في نظر المشرع الوطني، ولكن لا يمنع من الاعتداد بها كوسيلة ثبوتية للنزاع.

## الفصل الثاني: التطبيق القضائي للنظام العام "موقف محكمة قسم قضاء الأسرة بصفرو نموذجا "ـــ

ونظرا لكون محكمة قسم قضاء الأسرة بصفرو قد أصدرت حكما قد حبل بمجموعة من القواعد الدولية الخاصة، وهو ترجمة لما هو وارد في القانون الدولي الخاص بايجابياته وسلبياته، ولذلك سأتعرض لهذا الحكم في البداية (المبحث الأول)، ثم سأنتقل لمناقشة هذا الحكم مستعينا بمختلف الأليات القانونية الدولية الخاصة والمساطر الخاصة بتذييل الاحكام الاجنبية بالصيغة التنفيذية ( المبحث الثاني).

### المبحث الأول حكم قضاء الأسرة بصفرو

**حكم صادر عن قسم قضاء الاسرة بصفرو عدد 1181**

**في ملف رقم 2016/1614/1063**

**باسم جلالة الملك وطبقا للقانون**

بناء على المقال الافتتاحي المودع بكتابة الضبط هذه المحكمة من طرف الجهة المدعية بواسطة الدفاع المؤدى عنه بتاريخ 2016/08/11 والذي يعرضان فيه أنهما عقد أبرما عقد زواج تحت عدد 85437 بتاريخ 2002/05/08 بدولة اسرائيل وأنجبا أربعة أبناء وهم منتصر وصبار ومعتز وسعاد يلتمسان إصدار حكم يقضي بتذييله بالصيغة التنفيذية مع شمول الحكم بالنفاذ المعجل وأرفق طلبهما بنسخة رسمية من العقد باللغتين العربية والعبرية وعقد ازدياد الزوجة وصورة من بطاقة هوية الزوجة الاسرائيلية.

وبناء على ملتمس النيابة العامة الكتابي المؤرخ في 2016/08/16 والرامي الى تطبيق القانون.

وبناء على إدراج ملف القضية بعدة جلسات كانت أخرها جلسة 2016/08/24 حضرها الدفاع الذي أدلى بمذكرة توضيحية مؤرخة في 2016/08/24، جاء فيها أن العقد المراد تذييله محرر باللغة العربية وأبرم طبقا للشريعة الاسلامية وغير

مخالف للنظام العام المغربي وأكد الطلب وألفي بالملف مستنتجات كتابية للنيابة العامة مما تقرر معه حجز القضية للمداولة والنطق بالحكم لأخر الجلسة.

**التعليل: بعد المداولة طبقا للقانون.**

في الشكل: حيث إن الدعوى جاءت وفقا لما يقتضيه القانون شكليا مما يتعين قبولها.

في الموضوع: حيث يهدف الطلب إلى الحكم وفق ما جاء في المقال الافتتاحي.

وحيث التمست النيابة العامة تطبيق القانون وحيث إنه برجوع المحكمة لمختلف وثائق الملف وخاصة العقد المطلوب تذييله تبين لها أنه أبرم امام السلطات الادارية الاسرائلية بتاريخ 2002/05/08 تحت عدد 85437.

وحيث تنص الفقرة الثانية من المادة 128 من مدونة الأسرة على أن " الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع الذي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين بعد استيفاء الاجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية طبقا لأحكام المواد 430 و 431 و 432 من قانون المسطرة المدنية، وينص الفصل 432 من قانون المسطرة المدنية على أنه " تكون العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين أيضا قابلة للتنفيذ في المغرب بعد إعطائها الصيغة التنفيذية ضمن الشروط المقررة في الفصول السابقة".

وحيث إنه بناء على ذلك يكون العقد المراد تذييله قد أبرم أمام سلطات إدارية محلية لا تعتبر ذات سيادة شرعية في إبرام مثل تلك العقود على المغاربة المسلمين وفي منظور النظام العام المغربي ومن ثم غير مختصة قانونا، لاسما وأن المشرع المغربي لم يعترف إلى الان بشكل رسمي بسلطات ادارية لدولة تسمى اسرائيل.

وحيث أنه بذلك يكون الطلب قد جاء مخالفا للنظام العام المغربي وغير قائم على أساس ويتعين رفضه.

وحيث يتعين إبقاء الصائر على عاتق رافع الدعوى طبقا للفصل 124 من قانون المسطرة المدنية.

وتطبيقا للفصول 1 و 3 و 5 و 31 و 32 و 124 من قانون المسطرة المدنية والمادة 128 من مدونة الأسرة و 430 و 431 و 432 من قانون المسطرة المدنية.

**لهذه الاسباب :**

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائيا وحضوريا.

في الشكل : قبول الدعوى

في الموضوع: برفض الطلب وتحميل رافعه الصائر.

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه وتم النطق به بقاعة الجلسات العمومية وكانت المحكمة تتركب من السادة:

ـــ السيد: مصطفى الدوحا رئيسا.

ـــ السيد: علي ادريس حسني عضوا ومقررا.

ـــ السيد: اسماعيل الرياني الادريسي عضوا.

ـــوبمساعدة السيدة زكية بلخالقي كاتبة الضبط.

## المبحث الثاني: مناقشة الحكم كنموذج للتطبيق القضائي للنظام العام

جاء هذا الحكم بمجموعة من المقتضيات الدولية الخاصة، تهدف تفعيل الدور الذي يلعبه القضاء من أجل تنزيل التشريع على أرض الواقع، رغم أن هذا التطبيق قد يعتريه نقص (المطلب الأول)، نتيجة التكييف والدفوعات التي قد تعتريها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: واقع الحكم القضائي الصادر عن قسم قضاء الأسرة بصفرو

من أهم النتائج التي خلص إليها الحكم أعلاه تتجلى في:

ـــ أبرم عقد الزواج أمام ما يسمى السلطات الإدارية الإسرائلية.

ـــ وأن تعليل المحكمة جاء فيه أن السلطات الإدارية المحلية لا تعتبر ذات سيادة شرعية في إبرام مثل تلك العقود على المغاربة المسلمين من منظور النظام العام المغربي.

ـــ إن هذا التعليل جاء مخالفا لما هو منصوص في مدونة الأسرة ولاسيما المادتين 14[1] و15 [2]، والتي أخذت بحق السلطات المحلية في إبرام عقود الزواج للمغاربة المهاجرين.

وبالتالي نستنتج ان جميع الزيجات المنعقدة بالخارج تعتبر باطلة حسب ماجاءت به المحكمة، وهذا خرق واضح لنصوص المدونة.

وفي هذا الحكم إننا أمام حالة الزواج المختلط سواء كانوا الأطراف من جنسية مغربية أو جنسية ما يسمى بالاسرائلية، أو إن كان يحملان نفس الجنسية المغربية، إلا أن ديانتهم مختلفة، ولكن أحدهما مسلما.

[1] ـــ تنص المادة 14 من مدونة الأسرة على أنه " يمكن للمغاربة المقيمين بالخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع و لم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده".

[2] ـــ تنص المادة 15 من مدونة الأسرة على أنه " يجب على المغاربة الذين ابرموا عقد الزواج طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه، بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد.

إذا لم توجد هذه المصالح، ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط".

وبالتالي فإن المدونة هي المطبقة على هذه الزيجات طبقا للمادة الثانية من مدونة الأسرة[1]، وذلك بالأخذ بالامتيازين المتعلقين بالديانة الاسلامية والجنسية المغربية.

وهذا ما ذهب إليه قرار صادر عن محكمة النقض[2] جاء فيه " لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللت ما قضت به بكون عقد الزواج يشير الى ديانة الزوجين باعتبارهما مسلمين وجنسية فلسطينية، كما ثبت في صك العقد تكون قد أجابت صراحة على ما بالوسيلة واستخلصت ذلك من عقد الزواج رقم 154636 الذي يشير الى ديانة الاسلام للزوجين، وإبرامه أمام المحكمة الشرعية لمنطقة السبع بإشهاد شاهدين، وصداق وتطبيق الشريعة الاسلامية على الزوجين، كما ورد ذلك في محتويات العقد، وليس فيه ما يخالف النظام العام المغربي، فأتى القرار كافي التعليل وما بالوسيلة غير مؤسس".

وفي هذا القرار تعاملت فيه المحكمة بذكاء حيث لم تذكر أبدا ما يسمى باسرائيل، مع العلم أن منطقة السبع تابعة لما يسمى اسرائيل، ومادام الطرفين مسلمين وفلسطينيين فذلك يكفي في نظرها بغض النظر عن مكان ابرام العقد، انتصارا لعالمية الشريعة الاسلامية والتي تفوق إعمال آلية تنازع القوانين خاصة وقواعد القانون الدولي الخاص بصفة عامة.

والرأي فيما أعتقد أن المادة الثانية من المدونة صياغتها غامضة وفيها مغالطات كثيرة، وذلك أن القواعد التي تتضمنها محلها القواعد المدنية المتعلقة بتنازع القوانين الدولية الخاصة، وليس الطابع الديني الذي يطغى على مدونة الأسرة، فعندما تلتقي الجنسية المغربية مع اختلاف الديانة فالأولوية للديانة الاسلامية على الجنسية المغربية والديانة الغير الاسلامية طبقا للفقرتين 1 و 3 من مدونة الاسرة، لكن في حالة اللاجئين لا نعتد لا بالجنسية ولا بالديانة وإنما بالموطن المغربي، وبالتالي تتضمن هذه المادة عجينا من الضوابط من أجل تحديد نطاق التطبيق، وكلها ضوابط منتقدة في ظل تطور العلاقات الدولية الخاصة على مستوى التنازع، لأن هذه الاخيرة إن كانت مقبولة داخل الوطن، فإنه من المستحيل تطبيقها في الخارج، فالدول الغربية تعتبر الامتياز الديني يخالف النظام العام بحكم علمانية هذه الأخيرة، وبالرجوع للمادة الثانية، نجد تخبطا فيما يخص العلاقات المختلطة العبرية والاسلامية، لأنه بالرجوع الى صياغة هذه المادة نجد أن هذه الاخيرة تتمحور حول نوعين من العلاقات الدينية وهي إما المسلمين أو العبريين، وهناك فصل بينهما بحيث لم يعط أي حل في حالة وجود الزيجات المختلطة دينيا بين المسلم المغربي والعبري المغربي، فما هو القانون المطبق هل مدونة الأسرة أم الأحوال الشخصية العبرية المغربية؟ وما هو الحل في حالة اليهود المغاربة المتواجدين فيما يسمى اسرائيل بحكم شخصية قانون الأحوال الشخصية؟ وهل هذه القواعد مختصرة فقط على المغاربة اليهود المتواجدين في المغرب دون غيرها؟ بحكم أن الفقرة الأخيرة من المادة الثانية جاءت عامة دون تقييد، ولا يوجد أي إحالة على القانون الدولي الخاص وأصلا لا يملك المغرب تشريعا خاصا بالقانون الدولي الخاص وإنما مجموعة من القواعد الدولية الخاصة المتناثرة على قوانين شتى.

---

[1] ـــ تنص المادة الثانية من مدونة الأسرة على أنه " تسري أحكام هذه المدونة على:
1ـــ جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى؛
2ـــ اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين؛
3ـــ العلاقات التي يكون فيها احد الطرفين مغربيا؛
4ـــ العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.
أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية."

[2] ـــ قرار عدد 367 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2012/05/15 في الملف عدد 2011/1/2/444، (غير منشور).

### المطلب الثاني: التطبيق القضائي لقواعد التنازع في العلاقات الدولية الخاصة المغربية وبما يسمى بالاسرائلية

سواء كان الامر متعلق بزواج مختلط أو غير مختلط، فإن الامر متعلق بعلاقات دولية خاصة، وجب دراستها من خلال استخدام أليات القانون الدولي الخاص، والتي غابت عن تعليل المحكمة، ولاسيما أننا أمام عقد أجنبي يراد تذييله بالصيغة التنفيذية من أجل تنفيذه في المغرب، وبالتالي نحن أمام ألية من أليات تنازع القوانين.

وبالتالي كان على المحكمة أن لا تلج في متاهات النظام العام، ولاسيما أن المحكمة لم تحدد كيف أن العقد جاء مخالفا للنظام العام؟ وماذا نقصد بالنظام العام؟ وهل عدم إعتراف الدولة المغربية بما يسمى اسائيل يعني أننا قد خالفنا النظام العام؟

وخاصة أنه في أخر تعليل للمحكمة جاء بعبارة " وحيث أنه بذلك يكون الطلب قد جاء مخالفا للنظام العام المغربي، وغير قائم على أساس ويتعين رفضه".

فالحكم اذا كانت نتيجته على صواب، ولاسيما أن ما يسمى اسرائيل لم تعترف بها المغرب لا في الماضي ولا في الحاضر ولا في المستقبل، وخاصة أنها مغتصبة لأرض عربية مسلمة، ومنتهكة لكل الشرائع السماوية وغير السماوية والتشريعات الدولية والوطنية.

إلا أن الوسيلة من أجل استبعاد تنفيذ الحكم في إعتقادي لم تكن موفقة.

وذلك أننا امام علاقة تدخل في زمرة تنازع القوانين، وهذا الاخير نعني به وجود قانونين أو أكثر متنافسين لحكم العلاقة القانونية، ونحن نختار الأفضل من بينهما، من أجل تطبيقه على العلاقة القانونية، والقضاء في هذه القضية طبق قانونه الوطني من أجل تطبيق قواعده على هذه النازلة.

وبمفهوم اخر إن إعمال هذه الألية يعني أنه سيطبق بنود مدونة الأسرة، وأن عقد الزواج المدلى به جاء موافقا للمقتضيات القانونية والشريعة الاسلامية، وبالتالي فهو عقد صحيح، ولاسيما أن المادتين 14 و 15 تعترف بهذا النوع من الزواج، فأين تتجلى مخالفة النظام العام في هذه النازلة؟

كان من الأجدر عدم الخوض في موضوع الدعوى، وإنما أن ترفض شكلا لانعدام شروط التنازع منذ البداية لكون أحد أطرافه لا صفة له في التقاضي أمام المحكمة المغربية، لكون هذه الأخيرة لا تعترف بدولة ما يسمى باسرائيل التي يمثلها، لأن قبول هذه الدعوى شكلا هو بمثابة تطبيع مع هذا الكيان.

وخاصة نحن أمام علاقة دولية خاصة، وجب فيها الرجوع الى القواعد العامة لتنازع القوانين، والتي تشترط وجود اعتراف متبادل بين الدول حتى يتم قبول مثل هذه الدعاوي، وذلك لتفادي الإحراج الدولي بتطبيق قواعد الاسناد الملزمة، والتي قد تكون الياته في صالح الطرف الذي ينتمي الى تلك الدولة التي لا تعترف بها محكمة القاضي، وهذا الامر كان محط تطبيقات عديدة ولاسيما عند قيام الدولة البولشفية الشيوعية (الاتحاد السوفياتي)، والتي لم تعترف بها الدول الغربية أنذاك، وقد أثيرت العديد من القضايا وأهمها " قضية حرير أوديسيا"، حيث كان يتم رفض هذه الدعاوي شكلا، لأن قبول هذه الاخيرة شكلا والبت فيها موضوعا، هو بحد ذاته خروجا عن قواعد التنازع ومسا بالنظام العام.

## خاتمة :

كشفت هذه القضية أهمية قواعد القانون الدولي الخاص في حل المشاكل الدولية الخاصة، ولاسيما أن هناك تزايد كبير في انتقال أبناء المجتمع المغربي خاصة والدولي بصفة عامة من مكان الى مكان، وما يصاحب هذا الانتقال من مشاكل عديدة، وخاصة في التراعات المرتبطة بالأحوال الشخصية نظرا لوجود عولمة أسرية وما يصاحبها من انعقاد زيجات مختلطة وما ينتج عنها من أثار متعلقة بالحضانة والنسب والبنوة والنفقة والميراث وغيرها.

وقد مكننا هذا الحكم من ضرورة سن قانون دولي خاص مغربي يشمل كل المقتضيات المنظمة للمسائل المتعلقة بتنازع القوانين و التنازع الانتقالي وضوابط إسناد حديثة وما الى ذلك من قواعد دولية خاصة، وتعديل المادة الثانية من مدونة الأسرة والتي لا تنسجم مع الترسانة القانونية الداخلية والدولية ولا حتى مع نفسها لحمولتها الإقصائية لفئات عريضة من المجتمع المغربي.

## قائمة المراجع :


### المراجع العربية

#### أولا: الكتب

ــ أحمد زوكاغي: تنازع القوانين، الجزء الثاني، مطبعة كلية الحقوق الرباط، السنة 2003.

ــ الحسين بلحساني: الموجز في القانون الدولي الخاص، مطبعة الجسور، الطبعة الثالثة، 2004.

ــ الحسين بلحساني: الوجيز في القانون الدولي الخاص، مطبعة الجسور وجدة، الطبعة الرابعة 2003.

ــ العياشي المسعودي: محاضرات في القانون الدولي الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهراز فاس، الطبعة الأولى، 1991، ص 261.

ــ حسن ابراهيمي: دراسات عملية في مدونة الاسرة، مطبعة المعارف الرباط، الطبعة الاولى 2018.

ــ محمد الشرقي: تأثير الديانة في نطاق القانون الدولي الخاص للبلدان الاسلامية، مجموعة محاضرات اكاديمية لاهاي للقانون الدولي، 1987.

ــ موسى عبود: الوجيز في القانون الدولي المغربي، مطبعة المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى 1986.

ــ هشام خالد: التنازع الانتقالي في تنازع القوانين، مطبعة دار الفكر الجامعي الاسكندرية، الطبعة الأولى 2001.

#### ثانيا: الأطاريح

ــ محمد كمال فهمي: التنازع المتحرك في القانون الدولي الخاص، اطروحة لنيل الدكتوراه القانون الخاص، جامعة عين شمس، كلية العلوم القانونية القاهرة، السنة الجامعية 1990ــ 1991.

#### ثالثا: المقالات

ـــ محمد وليد المصري: محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص، مجلة الحقوق، العدد 4، ديسمبر 2003.

**المراجع الأجنبية**

**أولا: الكتب**

___ moulay rchid abderzzak: le droit international privé du Maroc independant en matiére de statut personnel, le statut personnel des musulmans, droit compare DHP, Braylant, Bruxelles, 1999.

# إستراتيجية أوباما في مواجهة صعود تنظيم "داعش" في العراق.

# .Obama's strategy in the face of the rise of the "ISIS" in Iraq

**د/خالد هاشم محمد دياب**

**كلية العلوم السياسية . جامعة القاهرة – مصر–**

**الملخص:**

كان انسحاب أوباما من العراق في ديسمبر/كانون الأول 2011، لا يعني سحب القوات العسكرية الأمريكية فحسب، بل تراجع الزخم والنفوذ الدبلوماسي، الأمر الذي سرع في ظهور التنظيمات الإرهابية. مما دفع إدارة أوباما إلى أن تعيد حساباتها من جديد وتطلق إستراتيجية جديدة لمحاربة الإرهاب.

**وقد قامت تلك الإستراتيجية على مراحل سياسية وعسكرية** تدرجت حسب تطور الموقف من "داعش" من خلال تركيز إدارة اوباما بشكل أكبر على الخيار السياسي. **كما شملت تلك الإستراتيجية على شقين:** شق عسكري وشق دبلوماسي سياسي.

**أما ما يخص التنسيق الإقليمي**، فيمكن القول بالرغم من اتفاق جميع الأطراف الإقليمية ومعهم الولايات المتحدة الأمريكية، على أن "داعش" خطر يهدد الأمن والسلامة المحلية والإقليمية، إلا انه كان هناك اختلاف في طريقة التعاطي لكل طرف مع ذلك التنظيم.

**ويمكننا القول** أن إستراتيجية أوباما في محاربة تنظيم "داعش" في العراق كانت غير فعالة وأدت إلى وقوعه في الأخطاء. فقد أعطت إدارة أوباما لقضية "الخروج من العراق" الأسبقية والأولوية على غيرها من القضايا، وغادر أوباما منصبه من دون حسم نهائي للحرب ضد تنظيم "داعش"، الذي شهد صعوداً كبيراً خلال فترة حكمه، والتي يرى منتقدو سياساته أن شوكة التنظيم المسلح لم تقوى إلا بعد مغادرة القوات الأمريكية للعراق.

**الكلمات المفتتاحية:** إستراتيجية, اوباما، تنظيم داعش، العراق، التنسيق الإقليمي.

**Abstract :**

Obama's withdrawal from Iraq in December 2011 meant not only the withdrawal of US military forces, but also the decline of diplomatic, prompting the emergence of terrorist organizations. Prompting the Obama administration to recalculate and launch a new counterterrorism strategy

The strategy was based on political and military stages that were developed according to the evolution of the situation from "ISIS" by focusing the Obama administration more on the political option. The strategy also included two parts: a military one and a diplomatic one.

As for the regional coordination, It can be said that despite the agreement of all the regional parties and the United States of America to "ISIS" a threat to local and regional security and safety, there has been a difference in the way each party deals with That organization.

We can say that Obama's strategy to fight the "ISIS" organization in Iraq was ineffective and led to mistakes. The Obama administration gave the issue of "getting out of Iraq" precedence and priority over other issues, and Obama left office without a final resolution of the war against the organization, "ISIS," which witnessed a great rise during his rule, which critics of his policies that the thorn of armed organization only strengthened After the departure of US forces To Iraq.

**Key words** : Strategy, Obama, ISIS, Iraq, Regional Coordination

**مقدمة:**

شملت المفاجأة التي فجرها تنظيم "داعش" في يونيو 2014، بالتمدد من سوريا إلى العراق والسيطرة على مساحات شاسعة في شمال العراق وغربه، شملت أيضا مدنا وبلدات كبيرة مثل الموصل، ونزوح ألاف الأسر منها وصلت حسب تقديرات أكثر من 846 ألف شخص منها[1]، ثم زحفه نحو كردستان العراق، أدت في النهاية إلى إعلان تنظيم "داعش" ما اسماه دولة خلافة إسلامية على المناطق التي يسيطر عليها في كل من سوريا والعراق. هذه المفاجآت هزت "مبدأ اوباما" هزة عنيفة، فوحدات الجيش العراقي التي تعد بعشرات الآلاف، ذات التدريب والتسليح الأميركيين، فرت هاربة من الموصل وما جاورها، تاركة سلاحها الأميركي غنيمة لداعش. و لم تلبث "قوات البشمركة" الكردية أن بدأت هي الأخرى بالتقهقر أمام تقدم داعش، لولا تدخل الطيران الحربي الأميركي[2].

وعلى الرغم من أن الضربات الجوية الأمريكية استطاعت أن تحد من تقدم قوات "داعش" على الأرض، وأفقدتها كثيرا من عنصر المبادرة، فأنها لم تكن معنية بالقضاء عليها وهزيمتها كليا، وبدا أن أوباما مرتاحا إلى هذه المقاربة لتجنب تورط عسكري أميركي بري جديد، وهو الأمر الذي سأهم أصلا في وصوله إلى الرئاسة[3].

و لم يدفع ارتكاب تنظيم "داعش" للعديد من المجازر على الأراضي العراقية والسورية، الولايات المتحدة الأمريكية وحلفائها للتحرك الجاد للبحث عن سبيل لمواجهته، إلا أن قيام هذا التنظيم بإعدام صحافيين وعمال إغاثة أميركيين وغربيين، إلى خضوع أوباما لضغوط أميركية غير مسبوقة، سياسياً ثم شعبياً[4]. فقد تحول الرأي العام الأميركي هذه المرة لمصلحة فعل عسكري، ردا على قتل الصحافيين والموظفين الاغاثيين، ووجد أوباما المتردد نفسه مضطرا إلى تحديد إستراتيجية لمحاربة داعش، وهو الذي كان قد قال قبل أسابيع قليلة من ذلك أن إدارته لا تملك إستراتيجية لمحاربته، بل وصل الأمر باوباما إلى أن يستهزئ بتنظيم "داعش" وبقدراته، مشبها إياه بفريق كرة سلة من الهواة، ولكنه أهمل ذلك كله في خطابه الذي وجهه إلى الشعب الأمريكي، يوم 2014/9/10، وأعلن إستراتيجية للحرب على تنظيم "داعش"[5].

ولكن هذه الاستجابة جاءت في سياق "مبدأ اوباما"، ابتداءً مع إعلان الرئيس أوباما في7/اغسطس2014، انه أمر بتوجيه ضربات جوية "محدودة" لمقاتلي التنظيم وبإلقاء مساعدات على النازحين من المناطق التي هاجمها داعش، خصوصاً الأقليات الدينية "كالأيزيديين" الذين عدهم التنظيم جماعة مشركة يحل له قتل أبنائها وسبي بناتها. وأضاف أوباما في إعلانه: "إنني كقائد عام للقوات المسلحة لن اسمح بجر الولايات المتحدة إلى حربٍ أخرى في العراق". ويبرز هذا التصريح غلبة منطق ردة الفعل على منطق المبادرة في تلك الاستجابة, ومحاولة أوباما تأكيد إن أي جهد عسكري يجب أن يحصل بما لا يتناقض مع الخطوط العامة لمبدئه.

وفي هذا الإطار قامت الاستجابة السياسية والعسكرية الأميركية على ما يسميه المسئولون الأميركيون بسياسة "داعش أولا، العراق أولا"، فإدارة أوباما كانت تعتقد أن مجابهة "داعش" هي الأولوية الأساسية في هذه المرحلة التي يجب ألا

---

[1] Gengiz Yar, The Iraqis Who Fled Mosul, Foreign Policy, September_ October 2017, p.5.

[2] Colin Dueck, , " The Obama Doctrine: American Grand Strategy Today", (New York: Oxford University Press, 2015), p.120.

[3] أسامة ابو ارشيد، م هل تنساق الولايات المتحدة الأمريكية الى حرب برية جديدة في الشرق الأوسط، الدوحة، المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات، 2014، ص5.

[4] محمد سعد ابو عامود، الخيارات الصعبة.. مستقبل السياسة الأمريكية في الشرق الأوسط، مجلة السياسة الدولية، العدد(199)، القاهرة، مركز الاهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية، 2015، ص74.

[5] Jeffrey Goldberg, The Obama Doctrine, The Atlantic, April 2016, p 17. And see also: Derek Chollet, Op. Cit.,p. 49.

تعيقها محاولة توسيع رقعة الصراع ليشمل قضايا أخرى أكثر تعقيدا مثل الحل السياسي في سورية[1]. كما أنها تولي العراق أولوية لأسباب من بينها وجود اتفاقية أمنية مشتركة بين البلدين ووجود علاقات رسمية مع الحكومة العراقية ومع حكومة إقليم كردستان.

**ومن هنا يتم طرح التساؤل الرئيسي للدراسة: ما هي الإستراتيجية التي تبنتها إدارة اوباما في مواجهة صعود تنظيم داعش في العراق؟**

ومن هذا التساؤل الرئيسي تتفرع عدة أسئلة فرعية:

**1_ ما هي مراحل إستراتيجية إدارة اوباما في مواجهة صعود تنظيم داعش في العراق؟**

**2_ ما هي الجوانب العسكرية والسياسية لإستراتيجية إدارة اوباما في مواجهة صعود تنظيم داعش في العراق؟**

**3_ كيف نسقت وتعاملت إدارة اوباما مع الدول الإقليمية لمواجهة صعود تنظيم داعش في العراق في ضوء اختلاف مواقف تلك الدول في التعامل مع تنظيم داعش؟**

**4_ هل نجحت إستراتيجية اوباما في مواجهة صعود تنظيم داعش في العراق أم أن هناك جوانب إخفاق في تلك الإستراتيجية؟**

## أولا: المراحل التي تبنتها إدارة اوباما في مواجهة صعود تنظيم داعش في العراق.

تدرج موقف إدارة الرئيس أوباما في التعامل مع الأزمة العراقية ومواجهة صعود تنظيم "داعش" عبر ثلاث مراحل[2]:

**المرحلة الأولى:** خلال هذه المرحلة ركزت إدارة أوباما بشكل أكبر على الخيار السياسي والتعامل مع الأسباب التي أدت إلى صعود التنظيم على الساحة العراقية، وفي نفس الوقت كان الخيار العسكري مطروح كأحد أدوات التعامل مع الموقف ولكن بشكل محدود من خلال شن هجمات بطائرات بدون طيار أو مقاتلات عسكرية إذا اقتضى الأمر.

والتحركات الفعلية التي قامت بها إدارة أوباما خلال هذه المرحلة شملت عدد من الإجراءات:

1- الدعوة إلى أن تكون العملية السياسية في العراق شاملة وذلك من خلال ممارسة ضغوط على رئيس الوزراء نوري المالكي لأحداث توافق وطني وتغير سياسة الإقصاء والتهميش التي انتهجها المالكي ضد الأطراف السياسية العراقية. لكن تلك الدعوات لم تلقى استجابة من المالكي الذي ظل مستندا إلى الدعم الإيراني القوي. وفي ضوء تطور الأوضاع على الأرض وزيادة خطورة وتهديدات تنظيم "داعش" على مصالح الولايات المتحدة الأمريكية، وصلت إدارة أوباما الى قناعة بضرورة الإطاحة بنوري المالكي وتشكيل حكومة جديدة قادرة على إتباع سياسة توافق وطني

(1) Fred Kaplan, Obama's way: the president in practice, Foreign Affairs, January–February 2016, p55.

(2) حسام ابراهيم، ابعاد تغيير الموقف الأمريكي تجاه الوضع في العراق والتحرك لمواجهة داعش، مجلة اوراق الشرق الأوسط، العدد(64)، القاهرة، المركز القومي لدراسات الشرق الأوسط، 2014، ص107.

وهو ما تم بالفعل، فتم إزاحة المالكي عن منصب رئيس الوزراء وتكليف حيدر العبادي بتولي تشكيل الوزارة الجديدة[1].

2- تقديم دعم ومساندة عسكرية للعراق عبر التحرك لإرسال مستشارين عسكريين وكان العدد المقدر لهم في البداية 300 خبير ومستشار عسكري، زاد بعد ذلك حتى وصل إلى 1000، وتم إنشاء قيادة عمليات مشتركة مع الجانب العراقي، بغرض جمع المعلومات الاستخباراتية وتقديم المساعدة للجيش العراقي من خلال تحديد الأهداف التي سوف يتم استهدافها في حال القيام بهجمات باستخدام الطائرات بدون طيار، لكن خلال هذه المرحلة لم يحدث القيام فعليا بهجمات، واقتصر الأمر على قيام الطائرات بدون طيار بطلعات استكشافية لجمع المعلومات[2].

**المرحلة الثانية**: تمثلت التطورات المرتبطة بهذه المرحلة بتجاوز تنظيم داعش الخطوط الحمراء من خلال قيامه بشن هجمات استهدفت الطائفة الايزيدية وتهجيرها إلى جبار سنجار، وإتباعه سياسة تهجير قسري بحقهم، وسيطرته على سد الموصل الإستراتيجي، واقترابه من استهداف اربيل عاصمة كردستان العراق.

والتحركات الفعلية التي قامت بها إدارة أوباما خلال هذه المرحلة شملت عدد من الإجراءات:

1- العمليات العسكرية الاغاثية، فقد اصدر الرئيس أوباما قرار بالقيام بضربات جوية باستخدام المقاتلات والطائرات بدون طيار ومقاتلات عسكرية، وإرسال فريق من المستشارين والخبراء العسكريين إلى اربيل بلغ عددهم 130، جزء منهم ذهب إلى سنجار لتقييم الوضع وتقديم المساعدات للنازحين وجزء آخر تواجد في مركز العمليات العسكرية المشتركة في اربيل وكانت مهمة الخبراء العسكريين تتركز في تقييم قدرات قوات "البشمركة" الكردية وتحديد الدعم لها. وعلى مستوى المساعدات الإنسانية ألقت المقاتلات الأمريكية 140000 وجبة غذائية و35000 جالون مياه إلى الايزيدين الذين تم تهجيرهم على جبل سنجار. كما تم وضع البنتاجون خطط طوارئ لإجلاء النازحين في حال تطور الموقف[3].

2- حصول تحول في السياسة الأمريكية المتعلقة بتسليح القوات الكردية، والتي كانت تتبعها الإدارة الأمريكية في السابق، حيث كانت الإدارة الأمريكية تركز في السابق على بيع أسلحة ومعدات عسكرية للحكومة المركزية في بغداد وهذه الأخيرة وفق الاتفاقيات المبرمة تقدم جزء منها لحكومة اربيل، لكن حكومة المالكي في بغداد رفضت تسليم اربيل أي أسلحة، ومع تطور الأحداث المرتبطة بتقدم "داعش" على الأرض أعلنت إدارة أوباما أن واشنطن سوف تقدم أسلحة لأربيل والتي ساهمت إلى حد كبير بصد تقدم "داعش" نحو أربيل[4].

**المرحلة الثالثة**: خلال المرحلتين الأولى والثانية، ارتكز موقف إدارة أوباما على التعامل مع تطورات الموقف على الأرض، وكان أشبه برد فعل على تحركات تنظيم "داعش"، دون تطوير إستراتيجية محددة للقضاء على التنظيم أو محاولة تحجيم خطره، وفي ظل محدودية النجاح الذي تحقق خلال المرحلتين، وقدرة التنظيم فعليا على تطوير ذاته وتجنيد عناصر ومقاتلين جدد من دول أخرى، ووجود تقارير استخباراتي جمعتها أجهزة ووكالات أميركية وغربية بأن التنظيم يعتزم القيام

[1] حارث حسن، السياسة الاميركية تجاه تنظيم "داعش"، مجلة سياسات عربية، العدد(16)، الدوحة، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2015، ص40.

[2] صباح عبد الرزاق كبة، سياسة الرئيس باراك أوباما الخارجية تجاه العراق، بغداد، دار الاحمدي للطباعة الفنية، 2015، ص77-79.

[3] حسام ابراهيم، مصدر سابق، ص108.

[4] ريناد منصور، كيف ساعد الاكراد في إعادة الولايات المتحدة الى العراق، مركز كارنيغي للشرق الاوسط: http://carnegie-mec.org/2015/06/29/ar-pub-60577.

بعمليات إرهابية خارج العراق وسوريا، فرضت تطورات الموقف على إدارة الرئيس أوباما التحرك نحو وضع إستراتيجية شاملة للتعامل مع تنظيم "داعش"، لا تتعلق بتوجيه ضربات للتنظيم في شرق العراق، وإنما وضع خطط لتوجيه ضربات للتنظيم في معاقله في سوريا وشمال العراق.

**ثانياً: الجوانب العسكرية والسياسية لإستراتيجية اوباما في مواجهة صعود تنظيم داعش في العراق.**

وقد شملت تلك الإستراتيجية على شقين: شق عسكري وشق دبلوماسي سياسي[1].

**1- الشق العسكري:** تمثل في المحاور التالية:

إقامة تحالف عسكري دولي وإقليمي لغرض مواجهة تنظيم "داعش"، بقيادة الولايات المتحدة الأميركية، يضم أكثر من عشرين دولة، ومن أبرز الاجتماعات التي عقدها دول التحالف كان اجتماع جدة يوم 11 سبتمبر/أيلول 2014 على مستوى وزراء الخارجية، حيث اتفقت الولايات المتحدة والسعودية ومصر والعراق والأردن ولبنان وقطر والكويت والبحرين والإمارات وسلطنة عُمان على محاربة تنظيم الدولة[2]

وتضمنت هذه الخطة ضربات جوية ضد التنظيم، وذلك بالعمل والتنسيق مع الحكومة العراقية، وقد بدأت العمليات العسكرية يوم الثلاثاء 23/سبتمبر/2014 ضد التنظيم، حين قامت قوات التحالف بقيادة الولايات المتحدة وبدعم من بعض الدول العربية، بأول هجمات جوية في سوريا والعراق.

محاولة إلحاق أكبر ضرر ممكن بتنظيم "داعش" وتقويض قدراته التنظيمية والعسكرية والمالية. من خلال زيادة وتيرة تسليح القوات البرية الحليفة، وتدريبها، وإسنادها، مثل الجيش العراقي، وقوات البشمركة الكردية، وبعض قوى المعارضة المعتدلة السورية. وزيادة الاعتماد على التدخل العسكري المحدود الذي يقوم على الضربات الجوية، والنشاط ألاستخباري والعمليات الخاصة المحدودة، وتجنب التدخل البري الواسع[3].

المرونة في التحركات والتحالف لمواجهة تنظيم "داعش"، هذه المرونة تتعلق في جانب كبير منها بالموقف من إيران، ومأزق التعامل مع نظام الرئيس السوري بشار الاسد، فمن ناحية بات هناك تقارب وتنسيق واضح بين واشنطن وطهران في مواجهة تنظيم "داعش"، فأمام هذا الوضع المعقد الذي فرضه تنظيم "داعش" وجدت إدارة أوباما نفسها مضطرة إلى القبول بتحالف "ضمني" مع إيران على ارض العراق[4]، ومن ناحية أخرى، تطلب القيام بغارات وهجمات عسكرية من طائرات بدون طيار ومقاتلات عسكرية التنسيق مع الجانب السوري، وقد أشارت تقارير صحفية أميركية إلى أن إدارة أوباما قدمت معلومات إلى نظام الأسد عن قواعد وتحركات التنظيم في الأراضي السورية عبر طرف ثالث[5].

---

[2] محمد عبد العال عيسى، الإستراتيجية الأمريكية في الحرب على "داعش" وحدود الفاعلية، السياسة الدولية، العدد(305)، القاهرة، مركز الاهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية، 2016، ص78_79.

[3] محمد السعيد ادريس، الحرب على طالبان العرب "داعش" وخرائط التحالفات المحتملة، افاق سياسية، العدد(11)، القاهرة، المركز العربي للبحوث والدراسات، 2014، ص59.

[4] تقدير موقف" حسابات واشنطن في معركة الموصل"، الدوحة، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2016، ص2_4.

[4] ليليان أميل كامل، الادراك كمصدر للسياسة الخارجية: دراسة في أثر ادراك أوباما على السياسة الخارجية الأمريكية في الشرق الأوسط، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 2016، ص184.

[5] حسام ابراهيم، مصدر سابق، ص110.

**2- الشق الدبلوماسي والسياسي:** وتمثل فيما يأتي:

تبنت إدارة أوباما عددا من قرارات مجلس الأمن الدولي، ومن ضمنها القرار (2170) أغسطس/ 2014، والقرار (2178) في سبتمبر/ 2014، لجعل العقوبات الدولية أكثر رصانة، وإيقاف تدفق المقاتلين الأجانب والأموال لتنظيم "داعش" وجبهة النصرة التي تنشط في سوريا بوصفها فرعا من تنظيم "القاعدة"[1].

عقدت إدارة أوباما في فبراير/2015 قمة عالمية لمواجهة التطرف، استهدفت جلب زعماء محليين ودوليين لمناقشة سبل مواجهة الإيديولوجيات المتطرفة والقائمة على الكراهية التي تؤدي إلى نشر التطرف وتعبئة المتطرفين والى الممارسات العنيفة. وسعت الحكومة الأمريكية إلى الدخول في ائتلاف دولي وإقليمي يعكس مفهوم أوباما عن أولوية العمل الجماعي وضرورة أن يتحمل الشركاء مسؤولياتهم[2].

قادة إدارة أوباما حملة دبلوماسية استهدفت العمل مع القادة العراقيين ودول أخرى في المنطقة من أجل المساهمة في استقرار العراق، وقد أمر أوباما وزير خارجيته جون كيري التوجه إلى أوربا والشرق الأوسط من اجل عقد اجتماعات مع عدد من قادة دولها الحليفة لأميركا بغية التشاور معهم بشأن الوضع في العراق. وبين أوباما بأنه يتوجب على جيران العراق احترام وحدة أراضيه باعتبار أن كل الدول المجاورة للعراق لديها مصالح حيوية في التأكيد بعدم جر العراق إلى حرب أهلية وان لا يصبح ملاذا أمنا للإرهابيين[3]. لكن هذا الجهد أعاقته حقيقة عدم اتفاق دول المنطقة الرئيسة على خيار موحد للخروج من الصراع في العراق وسوريا، وهو الصراع الذي خلق الظروف لصعود تنظيم "داعش".

**ثالثاً: التنسيق الإقليمي لإستراتيجية اوباما في مواجهة صعود تنظيم داعش في العراق.**

على الرغم من أنه لا توجد دولة في المنطقة تتبنى دعم "داعش" بصورة صريحة، فأن هناك اختلافات بين تلك الدول في تقييمها للتهديد الذي يمثله التنظيم وللأولويات الخاصة بالصراع.

**فدول مثل السعودية والإمارات والأردن** دخلت إلى التحالف العسكري الذي أقامته الولايات المتحدة، إلا أن تلك المشاركة كانت محدودة، ولا تعكس اتفاقا سياسياً مع الولايات المتحدة بخصوص تسوية الصراع، خصوصا وأن السعودية انشغلت لاحقا بصراعها الأخر مع تنظيم الحوثيين في اليمن وتوقفت عن إعطاء الصراع مع داعش، خارج الحدود السعودية أولوية كبيرة[4].

**في المقابل، انخرطت إيران** في دعم بعض الميليشيات المنضوية في الحشد الشعبي الذي تشكل في العراق بعد فتوى المرجع الشيعي الأعلى علي السستاني، والتي دعا فيها المواطنين العراقيين إلى الانضمام إلى صفوف القوات المسلحة لقتال "داعش".

وكانت إيران قد استبعدت من التحالف الدولي لمحاربة تنظيم "داعش"، إلا أن إيران تعد ذلك التنظيم تهديدا مباشرا لها، وبصورة أكبر لنفوذها في العراق وقد سعت إلى توظيف الصراع مع التنظيم لتأكيد هذا النفوذ عبر التسليح والتمويل

[1] حارث حسن، مصدر سابق، ص37.
[2] محمد عبد العال عيسى، مصدر سابق، ص79.
[3] صباح عبد الرزاق كبة، مصدر سابق، ص78.
[4] حارث حسن، مصدر سابق، 37.

وأحيانا الانخراط المباشر في المعارك. الأمر الذي دفع الولايات المتحدة إلى القبول بتلك المشاركة الإيرانية والتنسيق السياسي والعسكري معها[1].

لكن اتفاق المصلحة هذا لم يمنع استمرار التنافس بين الجانبين، إذ ركزت إدارة أوباما على دعم القوات الرسمية العراقية، وأظهرت تحفظا على التعاون مع الميليشيات المنضوية في الحشد الشعبي، خصوصا تلك التي ترتبط بإيران مباشرة. وقد ابلغ السفير الأميركي في العراق، ستيوارت جونز، عددا من الزعماء السنة أن الولايات المتحدة ستقوم بطلعات جوية لدعم القوات الخاضعة لسيطرة الحكومة العراقية وليس تلك التي يسيطر عليها مستشارون إيرانيون، فقد امتنعت الطائرات الأميركية عن دعم الهجوم الكبير الذي قامت به القوات العراقية بقيادة ميليشيا بدر وكتائب حزب الله المرتبطة بإيران، في تكريت، إلى أن اضطرت تلك الميليشيات إلى الإعلان عن أنها لن تدخل المدينة، وحينها بدأت الطائرات الأميركية في تأمين الغطاء الجوي للقوات العراقية من أجل اقتحام تكريت[2].

ولا يقترن هذا الخلاف الأمريكي – الإيراني بتصورات متباينة حول كيفية مواجهة داعش، بل بصراع على النفوذ وعلى شكل العراق المستقبلي؛ فبينما تدعم إيران تحويل قوات الحشد الشعبي إلى بنية عسكرية مستقلة عن الدولة على غرار حزب الله في لبنان, واستخدامها في بسط نفوذها, تريد الولايات المتحدة استخدام الصراع لإعادة هيكلة القوات المسلحة العراقية والحد من النفوذ الإيراني داخلها[3]. ويجادل الباحث في معهد واشنطن لدراسات الشرق الأدنى, مايكل نايتس, إن تهديد داعش قدم فرصة كبيرة للولايات المتحدة للعودة إلى العراق وإقامة شراكة إستراتيجية مع الحكومة العراقية والقوات المسلحة العراقية التي قامت الولايات المتحدة بدور كبير في تشكيلها وهيكلتها وتدريبها وتسليحها بعد احتلال العراق[4].

**وتمثل تركيا القوة الإقليمية** التي يعد موقفها حاسما في توجيه الصراع مع تنظيم "داعش". ويبدو أن تركيا لم تظهر حماسا كبيرا في مواجهة التنظيم، بل إن هناك من يرى أنها قامت بدور في صعوده وتناميه، لسببين رئيسيين[5]:

الأول: أنها رأت أن أي جهد عسكري لمواجهة تنظيم "داعش" يجب أن يقترن بترتيبات سياسية تفضي إلى رحيل الرئيس السوري بشار الأسد.

الثاني: إن مجريات الصراع مع تنظيم "داعش"، والوضع السوري بصورة عامة، سمحا بتنامي قوة التشكيلات الكردية المسلحة مثل وحدات حماية الشعب المرتبطة بدورها بحزب العمال الكردستاني الذي يخوض حربا ضد الدولة التركية منذ عقود ويتخذ من شمال العراق مقرا له ولتنفيذ هجماته. وقد شعرت تركيا بعدم الارتياح لقيام الطائرات الأميركية بدعم القوات الكردية خلال معركة "كوباني" في سوريا، وساعدتها أيضا في السيطرة على منطقة "تل عبيد" بصورة وحدت للمرة الأولى المناطق المنفصلة في "كوباني" و"الحسكة" مانحة الأكراد السوريين كيانا جغرافيا موحدا.

[1] محمد السعيد ادريس، مصدر سابق، 59.

[2] Loveday Morris, Karen DeYoung and Missy Ryan, U.S. forces begin airstrikes in Tikrit, where Iran-backed militias are in lead, The washingtonpost, March 25, 2015, at: https://www.washingtonpost.com.

[3] Lina Khatib, Outsourcing the War Against ISIS: A Dangerous Dependency, Foreign Affairs, **July 13, 2016**, at: https://www.foreignaffairs.com.

[5] رانيا مكرم، محددات الدور: الإستراتيجية الإيرانية بشأن محاربة "داعش"، القاهرة، المركز العربي للبحوث والدراسات، 2015، متاح على الرابط: http://www.acrseg.org/37873.

[5] محمد عبد القادر خليل، مخاطر الإستراتيجية التركية تجاه التحالف الدولي لمحاربة "داعش"، السياسة الدولية، متاح على الرابط: http://www.siyassa.org.eg

وظلت تركيا تطالب بإقامة منطقة عازلة على الحدود مع سورية، تديرها المعارضة السورية المعتدلة، لكن الولايات المتحدة ظلت تتحفظ على هذا الخيار مشيرة إلى انه سيعقد الصراع في المنطقة، وقد ينتهي إلى إتاحة ملاذ لهجمات متطرفة أخرى يعتقد أن لديها بعض العلاقات مع الأتراك، مثل "جبهة النصر" التي تتبع تنظيم "القاعدة"[1].

وفي يوليو/2015 جرى الإعلان عن اتفاق بين الجانبين وافقت تركيا بموجبه على السماح للطائرات الأميركية باستخدام قاعدة انجرليك التركية للقيام بهجمات ضد تنظيم "داعش" في العراق، وعلى المشاركة في تلك الهجمات، في مقابل تأكيد الولايات المتحدة رفضها أي تهديد للسيادة التركية، وهو ما فسرته الحكومة التركية على أساس انه دعم وتفهم لحربها ضد المقاتلين الأكراد. وقد تبع ذلك قيام الطائرات التركية بهجمات على مواقع حزب العمال الكردستاني في شمال العراق والإعلان عن أن تركيا ستقوم ببناء منطقة عازلة على الحدود مع سوريا وهو ما لم يتحقق إلى الآن[2].

وفي 24 أغسطس/آب 2016، بدأت تركيا عملية درع الفرات في سوريا[*]، كللتها بالنجاح كما وصفها رئيس الوزراء التركي يلدريم في مقابلة مع قناة "إن تي في" التلفزيونية "أن عملية درع الفرات كانت ناجحة وانتهت، وان أي عملية تالية لهذه العملية سيكون لها اسم مختلف"[3].

وكانت تركيا تتطلع وبرغبة كبيرة في المشاركة في عملية تحرير الموصل مما أدَّى إلى بزوغ توتر وصل إلى مستوى تبادل الانتقادات شديدة اللهجة بين الرئيس التركي ورئيس الوزراء العراقي؛ حيث قال أردوغان للعبادي "أنت لست بمستواي، وصراخك في العراق ليس مهمًّا، فنحن سنفعل ما نشاء، وعليك أن تلزم حدَّك أولًا"، فيما قال رئيس الوزراء العراقي، حيدر العبادي: إن "تصعيد الأتراك للهجتهم يهدف إلى عرقلة عملية تحرير الموصل حتى يتاح لهم الوقت الكافي لإنشاء بديل لتنظيم الدولة الإسلامية

وبالرغم من توتر العلاقة حاولت أنقرة تخفيف الأزمة بالحوار حيث وصل، الاثنين 17 أكتوبر/تشرين الأول 2016، وفد تركي عالي المستوى إلى بغداد لنقاش الخلاف حول التواجد التركي في مدينة "بعشيقة" إلا أن الزيارة جاءت في ظل تأكيد الرئيس التركي رفضه الانسحاب من الأراضي العراقية، قائلًا: "يجب ألا ينتظر منَّا أحد أن نغادر بعشيقة". وقال أردوغان "سنكون جزءاً من عملية الموصل، سنكون موجودين على الطاولة، ومن غير الوارد أن نكون خارج العملية"، في الأخير وجدت أنقرة نفسها أمام التنسيق مع التحالف الدولي بعد أن حاولت الاستدارة حول موقف الحكومة المركزية من خلال رئيس إقليم كردستان الذي وجد نفسه تحت ضغوط كبيرة اضطرته إلى دعوة بغداد وأنقرة للتفاهم بشأن الموصل مؤكدًا

---

[1] رعد الحمداني، مخاوف مبررة في ظل إستراتيجية غامضة، مجلة شؤون عراقية، العدد(9)، عمان، المركز العراقي للدراسات الإستراتيجية، 2014، ص123.

[2] سليم الحكيمي، تركيا وامريكا: صراع الإستراتيجيات وحسابات الحقل والبيدر، مركز الدراسات الإستراتيجية والدبلوماسية، متاح على الرابط: http://www.csds-center.com.

[*] وهي عملية تم تنسيقها بشكل رسمي مع قوات التحالف الدولي، تدعم القوات التركية من خلالها قوات من الجيش السوري الحر من أجل تحقيق عدة أهداف، منها: **1–** إنهاء سيطرة "تنظيم الدولة" في مناطق شمال سوريا وخاصة القريبة من الحدود التركية من أجل تأمين المدن التركية من هجمات التنظيم علمًا بأن العملية أتت بعد ثلاثة أيام من مقتل 50 مواطنًا تركيًّا في تفجير نفَّذه التنظيم في حفل زفاف في مدينة غازي عنتاب التركية. **2–** كذلك تريد تركيا تحقيق هدف اخر من عملية درع الفرات وهو منع القوات الكردية المتمثلة في حزب الاتحاد الديمقراطي من وصل "الكانتونات" الكردية بين كوباني وعفرين، ويُعَدُّ الاعتماد الأميركي على قوات حماية الشعب الكردية التابعة لحزب الاتحاد الديمقراطي (PYD)، والتي سيطرت على الكثير من الأراضي التي انسحبت منها داعش، أحد أهم محفزات تركيا لإطلاق عملية درع الفرات؛ حيث وصلت الأمور إلى نقطة لم تعد تتحمل عندها تركيا الانتظار طويلًا عندما بقيت القوات الكردية في مدينة منبج بعد هزيمتها لتنظيم الدولة بالرغم من التعهد الأميركي بعودة هذه القوات إلى مناطقها شرق نهر الفرات بعد انتهاء العمليات حيث إن القوات الكردية تقدمت إلى غرب الفرات بضمانات أميركية علمًا بأن قسمًا صغيرًا منها قد انتقل إلى شرق الفرات بعد تهديد نائب الرئيس الأميركي، جو بايدن، برفع الغطاء عنها في حال لم تنسحب إلى شرق الفرات. **3–** من بين الأهداف أيضًا حصول تركيا على مطلبها الذي طالما نادت به وهو إقامة منطقة آمنة شمال سوريا تمنع من خلالها المزيد من عمليات النزوح إلى أراضيها وتعمل على إعادة عدد من اللاجئين السوريين إلى هذه المناطق.

[3] تركيا تعلن انتهاء عملية "درع الفرات" بسوريا، الجزيرة نت: .www.aljazeera.net

أن مشاركة أية قوة إضافية في المعركة يجب أن تكون بالتنسيق مع القيادة العامة للقوات العراقية، سواء تعلّق الأمر بـالقوات التركية أو بميليشيات الحشد الشعبي[1].

في المقابل، تدعم إيران المقاتلين الكرد في ما يبدو أنه بعد آخر لحرب الوكالة الجارية في سورية بينها وبين تركيا، فإيران تقوم بأوسع تدخل إقليمي، وهي تسعى لضمان ممر امن للأسلحة العابرة إلى حزب الله في لبنان، والحفاظ على وجود لها في مرتفعات الجولان لمهاجمة إسرائيل، والتأكيد أن يتبقى من نظام الأسد ما يكفي ليحاف على قدراتها في المساومة[2].

وبالتالي بالرغم من اتفاق جميع الأطراف الإقليمية ومعهم الولايات المتحدة الأمريكية، على أن "داعش" خطر يهدد الأمن والسلامة المحلية والإقليمية، إلا انه كان هناك اختلاف في طريقة التعاطي لكل طرف، وأصبح لميلاد الحرب على تنظيم "داعش" الفضل في تأجيج الصراع الإقليمي في المنطقة، وتشابكه وتداخله في صراعات فرعية أخرى، و لم تتمكن إدارة أوباما بإمساك كل تلك الخيوط بيدها وتوجيها للحرب ضد تنظيم "داعش".

## رابعاً: تقييم إستراتيجية أوباما في محاربة تنظيم "داعش" في ضوء إستراتيجية الأمن القومي 2015.

في 5/فبراير/2015، أصدرت الإدارة الأميركية ثاني تقرير يحدد إستراتيجية الأمن القومي منذ تولى الرئيس أوباما منصب الرئيس، وتضمن التقرير تأكيد التزام الولايات المتحدة بقيادة تحالفات دولية لمواجهة التحديات الكبيرة الناشئة عن العداوات، والإرهاب، والأمراض. وجاء التقرير ليؤكد من جديد في القسم الخاص بمواجهة الإرهاب إلى إن الولايات المتحدة تخلت عن النموذج القائم على الانغماس في الحروب البرية المكلفة والواسعة النطاق في العراق وأفغانستان، والتي تحملت فيها القوات الأمريكية أعباء هائلة. بدلا من ذلك يقول التقرير إن الولايات المتحدة أخذت تتبع نهجا قابلا للاستمرار يعطي الأولوية لعمليات مكافحة الإرهاب ذات الأهداف المحددة. والجهد المشترك مع شركاء مسئولين، والعمل بصورة متزايدة على منع نمو التطرف العنيف، وتصاعد النزاعات الراديكالية التي تصنع تهديدات جديدة[3].

ويمكننا تلمس عناصر مهمة من "مبدأ اوباما" في هذا التقرير، وهو مبدأ يبرز اولاً اتجاهات التيار غير ألانغماسي للمدرسة الواقعية، ويمثل ثانيا محصلة للتجربة المكلفة والصعبة للحرب في العراق. ومن المعروف أن هناك اتجاهين فكريين متصارعين فيما يخص تحديد الدور الأمريكي في الشئون الدولية: الاتجاه ألتدخلي والاتجاه الواقعي. يدفع التدخليون باتجاه دور اكبر في الشؤون الدولية، وانخراط سياسي وعسكري أوسع، ويعتقد في إن مصلحة الولايات المتحدة ومثلها تتطلب العمل لصوغ النظام العالمي، وحمايته من الأخطار التي تهدده والعمل بصورة منفردة، كلما تطلب الأمر ذلك.

الأمر الأخر أن أوباما ومستشاريه المقربين، بالأخص بن رودس الذي يكتب خطاباته في السياسة الخارجية، وسوزان رايس لديهم موقف ضد الحرب، ويعتقدون في إن أوباما تم انتخابه لإنهاء الحروب، وليس لبدء حروب جديدة.

---

[1] محمد سمير الرنتيسي، تركيا ترتدي "درع الفرات" في طريقها إلى الموصل، مركز الجزيرة للدراسات، الدوحة، متاح: *studies.aljazeera.net*

[2] Andrew J, Tabler, "The New Great Game: How Regional Powers are Carving Up Syria, Foreign Affairs, 11 August 2015, at:
http: // www. Foreignaffairs.com/articles/Syria/2015-08-11/new-great-game.

[3] National Security Strategy of United States of America, 2015

وفي الحقيقة، فأن هذه العناصر التي تضمنها التقرير هي نفسها التي حكمت نهج أوباما في السياسة الخارجية، طيلة المدة السابقة[1]، وفي ضوئها يمكننا أن نتلمس أهم النقاط التي يمكن استخلاصها من إستراتيجية أوباما في حربه على "داعش". علماً أن هذا التقييم سيكون وفقاً لما تحقق من أهداف هذه الإستراتيجية.

يبدو أن هذه الإستراتيجية متغيرة، وضبابية، وتفتقر للآليات، أو الجداول الزمنية. وأهم الرؤى النقدية لهذه الإستراتيجية التي أفرزت تحالفا أقرب إلى الهشاشة منه إلى الفاعل الحقيقي كالتالي[2]:

1- أنها إستراتيجية غامضة ومتغيرة. فقد جاء مقتل الصحفيين الأميركيين، "جيمس فولي""وروبرت ساتلوف" مخيفا ومربكا للرئيس الأميركي اوباما. وأظهرت استطلاعات الرأي الأميركية اتجاها قويا لمحاربة تنظيم "داعش"[3]. غير أن هذه الحرب لم يخطط لها بشكل جيد، بل تم وضع إستراتيجية سريعة وعاجلة افتقدت آليات، أو وسائل واضحة، أو خططا محددة، أو جداول زمنية، مثال على ذلك تركيز النقاش المتعلق بإخفاقات إستراتيجية أوباما في محاربة "داعش" حول ما إذا كانت الإستراتيجية تعمل من حيث اعتمادها على ضربات جوية، من دون وجود قوات أميركية فعالة ومعتبرة على الأرض، وحول أذا ما كان ينبغي تسليح العشائر السنية في العراق مباشرة من دون المرور عبر الحكومة المركزية في بغداد التي أثبتت عدم موثوقيتها، فضلا عن دور ميليشيات الحشد الشعبي وراعيها الإيراني. وقد ثارت في وجه إدارة أوباما عاصفة من الانتقادات التي عبر عنها الديمقراطيون والجمهوريون على السواء، تطالبها بمراجعة إستراتيجيتها في محاربة تنظيم "داعش" كليا[4].

وفي 29 اغسطس أقر الرئيس أوباما بأن بلاده "لا تملك إستراتيجية للتصدي لتنظيم "داعش" الذي يسيطر على مساحات شاسعة من الأراضي في العراق وسوريا". ومن ثم يتضح أن هناك تذبذبات في الموقف الأميركي تراوحت بين التفكير في إستراتيجية بعيدة المدى سيعلن أو سيحضر لها الرئيس الأميركي اوباما، ثم الاعتراف بعدم امتلاك إستراتيجية في التعامل، إنتهاءا بمحاولة الحفاظ على التحالف الدولي والإقليمي والعمل من خلاله[5].

2- تحالف مفكك وغير منظم: إن التحالف الدولي الإقليمي الذي دعت إليه الولايات المتحدة، يبدو مرتبكا ورخوا، حيث أن كل دولة مشاركة في هذا التحالف لها حساباتها المتباينة مع الدولة الأخرى، وكل دولة تحتفظ بتقديرات تلاؤم مصالحها القومية والتي لا تتشابه مع الرؤية الأمريكية في الحرب على داعش وابرز مثال على ذلك تركيا التي كان على رأس شروطها إسقاط نظام بشار الأسد، وإيجاد منطقة عازلة للاجئين، وعدم تسليح الأكراد، ورفضها التدخل البري. كما ان كلا من السعودية وقطر لهما حساباتهما الخاصة، بالإضافة إلى القلق السعودي من تزايد النفوذ الإيراني في المنطقة وعلاقته ببغداد[6].

---

[1] James Traub, The Mess Obama Left Behind in Iraq, foreignpolicy, October 7, 2016, at: http://foreignpolicy.com. onal Security Strategy of United States of America, 2015

[2] محمد عبد العال عيسى، مصدر سابق، ص80.

[3] Jeffrey Goldberg, The Obama Doctrine, thea tlantic, April 2016, p 17.

[4] سعيد رفعت، حرب داعش: ما فرضته من أوضاع وكشفته من حقائق، شؤون عربية، العدد (160)، القاهرة، 2014، ص6.

[5] Stephanie Condon, Why Obama doesn't "have a strategy yet" in Syria, CBS News,August 29, 2014, at: https://www.cbsnews.com.

[6] سعيد رفعت، مصدر سابق، ص10_12.

وعلى الصعيد الأوروبي، أوضحت المانيا انه لم تتم استشارتها بهذا الخصوص وقال وزير الخارجية الألماني "فرنك ولتر شتاينماير" دعوني أقل بكل وضوح انه لم يطلب استشارتنا في الإسهام بالغارات الجوية ضد مواقع "داعش" ولن نقوم بذلك أيضا" بينما تسعى فرنسا لان تلعب دوراً منفرداً عن الولايات المتحدة، حتى تستطيع ممارسة نفوذ واسع شبيه لقيادتها الحرب في مالي، وهو ما انعكس بقوة في عودتها للمسرح العراقي، بالرغم من إن واشنطن لا تزال اللاعب الرئيسي في قضية مواجهة "داعش"[1].

3- إستراتيجية محدودة وقاصرة. عند النظر في هذه الإستراتيجية، نجد أنها تركز على الضربات الجوية الانتقائية السريعة والمحدودة التي لا تؤثر كثيرا في بنية تنظيم "داعش". فالرئيس أوباما لا يرغب في تكرار المشهد العراقي أو الأفغاني مرة أخرى بتوريط الجنود الأمريكان في الحرب ضد "داعش"[2].

ويرى البعض أنه وعلى سبيل المقارنة، فخلال الحملة الجوية لعملية عاصفة الصحراء التي استمرت لمدة 42 يوما ضد صدام حسين في عام 1991، قامت المقاتلات والقاذفات بشن (48,224) غارة جوية، أي بواقع (1,100) غارة يومية. وبعد اثني عشر عاما، بلغ متوسط الطلعات الجوية في الحملة الجوية الخاصة بعملية "حرب العراق" أكثر من (800) غارة جوية يوميا. وحتى الغارات الجوية في حملة كوسوفو عام 1999، وهجمات 2001 التي استهدفت جماعة طالبان في أفغانستان، إذ بلغ متوسط هذه الحملات الجوية 138، و86 طلعة جوية على الترتيب. ووفقا لما ذكره نائب رئيس الأركان السابق للاستخبارات والمراقبة والاستطلاع، فأن هذا الاستخدام المحدود للقوة الجوية لتدمير "داعش" يثير عدة تساؤلات بخصوص الأهداف التي تتبناها إدارة اوباما. فلا يزال الهدف غير واضح، خاصة منذ استخدام القوة الجوية والى اليوم ورغم أنها دقيقة وفعالة بشكل كبير بقدر ما تم استخدامها، فأن درجة استخدامها محدودة جدا، مقارنة بقدرات الاستخدام التي يمكن أن تكون للقوة الجوية. هذا البطء في الاستخدام ترتب عليه نتائج وكوارث في المنطقة، إلى الدرجة التي دعا فيها الكاتب الأمريكي "ميشيل فيكرز" إلى القول "إن الوقت ليس في مصلحتنا، فالدولة الإسلامية ليست مجرد جيش متمرد إقليمي، بل هي جماعة إرهابية لها نفوذ دولي، وقائد للجهاد العالمي. نحن بحاجة إلى إستراتيجية تضع سوريا أولوية بدلا من الإستراتيجية التي كنا نتبعها، والتي تضع العراق أولوية .. إن التهديد في العراق محلي، بينما التهديد في سوريا دولي". ولنا أن نتخيل مدى التخبط والارتباك الواضح في هذه الإستراتيجية التي أعلنها باراك أوباما لمحاربة تنظيم "داعش"[3]. وهو كما يراه كثيرون أن لا إستراتيجية حقيقية لإدارة أوباما في مواجهة داعش باستثناء إستراتيجية "تمرير الوقت" ورمي المشكلة على الرئيس الأميركي القادم، مما حدا بالبعض لوصف الإستراتيجية التي أعلن عنها أوباما بـــ"الوهم".

---

[1] التقرير الاسبوعي لمراكز الابحاث الأمريكية 2013/7/9، متاح: http://thinktankmonitor.org.

[2] عبد الوهاب بدرخان، حرب اقصائية شاملة أم معركة ذات أفق سياسي محدود، شؤون عربية، العدد (160)، القاهرة، 2014، ص18-19.

[3] تمارا كوفمان ويتس، بين التراخي والتدخل: عواقب سياسة أوباما في الشرق الأوسط، متاح:
https://www.brookings.edu/blog/markaz/2016/03/15

## المراجع


### 1_ الكتب:

(1) أبو أرشيد، أسامة، هل تنساق الولايات المتحدة الأمريكية إلى حرب برية جديدة في الشرق الأوسط، الدوحة، المركز العربي للأبحاث ودراسات السياسات، 2014.

(2) كبة، صباح عبد الرزاق، سياسة الرئيس باراك أوباما الخارجية تجاه العراق، بغداد، دار الأحمدي للطباعة الفنية، 2015.

### 2_ المقالات:

(1) إبراهيم، حسام، إبعاد تغيير الموقف الأمريكي تجاه الوضع في العراق والتحرك لمواجهة داعش، مجلة أوراق الشرق الأوسط، العدد(64)، القاهرة، المركز القومي لدراسات الشرق الأوسط، 2014.

(2) الحمداني، رعد، مخاوف مبررة في ظل إستراتيجية غامضة، مجلة شؤون عراقية، العدد(9)، عمان، المركز العراقي للدراسات الإستراتيجية ، 2014.

(3) أبو عامود، محمد سعد، الخيارات الصعبة.. مستقبل السياسة الأمريكية في الشرق الأوسط، مجلة السياسة الدولية، العدد(199)، القاهرة، مركز الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية، 2015.

(4) إدريس، محمد السعيد، الحرب على طالبان العرب "داعش" وخرائط التحالفات المحتملة، أفاق سياسية، العدد(11)، القاهرة، المركز العربي للبحوث والدراسات، 2014.

(5) بدرخان، عبد الوهاب، حرب اقصائية شاملة أم معركة ذات أفق سياسي محدود، شؤون عربية، العدد (160)، القاهرة، 2014.

(6) حسن، حارث، السياسة الأميركية تجاه تنظيم "داعش"، مجلة سياسات عربية، العدد(16)، الدوحة، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، 2015.

(7) رفعت، سعيد، حرب داعش: ما فرضته من أوضاع وكشفته من حقائق، شؤون عربية، العدد (160)، القاهرة، 2014.

(8) عيسى، محمد عبد العال، الإستراتيجية الأمريكية في الحرب على "داعش" وحدود الفاعلية، السياسة الدولية، العدد(305)، القاهرة، مركز الأهرام للدراسات السياسية والإستراتيجية، 2016.

(9) تقدير موقف" حسابات واشنطن في معركة الموصل"، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة، 2016.

### 3_ المواقع الالكترونية:

(1) التقرير الأسبوعي لمراكز الأبحاث الأمريكية 2013/7/9، متاح:

http://thinktankmonitor.org

(2) ألحكيمي، سليم، تركيا وأمريكا: صراع الإستراتيجيات وحسابات الحقل والبيدر، مركز الدراسات الإستراتيجية والدبلوماسية، متاح على الرابط:

http://www.csds-center.com.

(3) الرنتيسي، محمد سمير، تركيا ترتدي "درع الفرات" في طريقها إلى الموصل، مركز الجزيرة للدراسات، متاح:
studies.aljazeera.net

(2) تركيا تعلن انتهاء عملية "درع الفرات"بسوريا، الجزيرة نت:
.www.aljazeera.net.

(3) خليل، محمد عبد القادر ، مخاطر الإستراتيجية التركية تجاه التحالف الدولي لمحاربة "داعش"، السياسة الدولية، متاح على الرابط: http://www.siyassa.org.eg

(4)كوفمان ويتس، تمارا، بين التراخي والتدخل: عواقب سياسة أوباما في الشرق الأوسط، متاح:

https://www.brookings.edu/blog/markaz/2016/03/15

(5) منصور، ريناد، كيف ساعد الاكراد في إعادة الولايات المتحدة إلى العراق، مركز كارنيغي للشرق الأوسط:
http://carnegie-mec.org/2015/06/29/ar-pub-60577.

(6) مكرم، رانيا، محددات الدور: الإستراتيجية الإيرانية بشأن محاربة "داعش"، المركز العربي للبحوث والدراسات، القاهرة، متاح على الرابط:

:http://www.acrseg.org/37873.

**4_ الرسائل:**

(1) أميل كامل، ليليان، الادراك كمصدر للسياسة الخارجية: دراسة في أثر ادراك أوباما على السياسة الخارجية الأمريكية في الشرق الأوسط، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 2016.

**A- Books:**

(1) Colin Dueck, "The Obama Doctrine: American Grand Strategy Today", (New York: Oxford University Press, 2015).

(2) Derek Chollet, The Long Game:How Obama Defied Washington and Redefined America's Role in the World (New York: Public Affairs, 2016).

**B-Documents:**

(1 ) National Security Strategy of United States of America, 2015.

**C- Articles**:

(1) Fred Kaplan, Obama's way: the president in practice, Foreign Affairs, January–February 2016.

(2) Gengiz Yar, The Iraqis Who Fled Mosul, Foreign Policy, September_ October 2017.

(3) Jeffrey Goldberg, The Obama Doctrine, The Atlantic, April 2016.

(4) Andrew J, Tabler, "The New Great Game: How Regional Powers are Carving Up Syria, Foreign Affairs, 11 August 2015, at: http://www.Foreignaffairs.com.

(5) James Traub, The Mess Obama Left Behind in Iraq, foreignpolicy, October 7, 2016, at: http://foreignpolicy.com. onal Security Strategy of United States of America, 2015.

(6) Loveday Morris, Karen DeYoung and Missy Ryan, U.S. forces begin airstrikes in Tikrit, where Iran-backed militias are in lead, The washingtonpost, March 25, 2015, at: https://www.washingtonpost.com.

(7) Lina Khatib, Outsourcing the War Against ISIS: A Dangerous Dependency,ForeignAffairs,July13,2016,at: https://www.foreignaffairs.com.

(8) Stephanie Condon, Why Obama doesn't "have a strategy yet" in Syria, CBS News,August 29, 2014, at:
https://www.cbsnews.com.

# دور الأمن الفكري في مواجهة الإرهاب الدولي ( 2001– 2018)

# The role of intellectual security in the face of international terrorism (2001 - 2018)

د/ شريفة فاضل محمد بلاط

أستاذ مساعد بقسم العلوم السياسية والإدارة العامة جامعة بورسعيد–

مصر

**الملخص:**

تركز الدراسةعلى العلاقة بين الأمن الفكري والإرهاب الدولي، وتؤكد أن هناك علاقة عكسية بينهما، وتبحث الدراسة في طرق استئصال الإرهاب الدولي عن طريق دعم الأمن الفكري للدول.

كما تقدم تأصيلاً نظرياً لعدة مفاهيم كالإرهاب الدولي، والإرهاب الفكري، والأمن الفكري، والخلل الفكري، ثم توضح علاقة الأمن الفكري بمفهومي حوار وصراع الحضارات. وتشرح العلاقة بين سياسات الدول العظمى والإرهاب الدولي؛ من خلال تناول نشأة وتطور الإرهاب الدولي، وأهم أسبابه، ثم تقترح أهم وسائل تحقيق ودعم الأمن الفكري دولياً.

**الكلمات المفتاحية:** الأمن الفكري_ الإرهاب الدولي– حوار الحضارات– صراع الحضارات– القوى العظمى– الخلل الفكري.

**Abstract :**

The research study the relationship of intellectual security to international terrorism, and ways to eliminate international terrorism by supporting the intellectual security of States.

The study draws a theoretical foundation for several concepts: security, intellectual disorder, and international terrorism. It links the practices of the great powers during the Cold War with their support of some groups and states and the intellectual imbalance and terrorism that resulted after the end of the Cold War. Thus filling a corner in the scientific library.

**Key words**: Intellectual security, internationalterrorism, intellectual disorder, great powers

**مقدمة :**

يُمكِن تقسيم الإرهاب الدولي إلى إرهاب يقوم به أشخاص أو منظمات ضد دول أو إرهاب دول ضد دول، ويعكس كلا النوعين نوعا من الخلل الفكري لدى الفاعل يترتب عليه عدم أمن فكري ضد المفعول به سواء أكان هذا المفعول به أفراداً أم دولاً، وسواء أكانت أدواته تقليدية أم حديثة كالإرهاب الإلكتروني. فإذا كانالأمن الفكري كما يراه البعض يعني أن يعيش الناس داخل أوطانهم آمنين مطمئنين على مكونات أصالتهم، وثقافتهم، ومنظومتهم الفكرية، بالإضافة إلى اطمئنانهمإلى أن منظومتهم الفكرية والخلقية وقيمهم التي ترتب العلاقات فيما بينهمليست موضع تهديد من فكر وافد غريب.

فإن التحول إلى العولمة بما تعنيه من إزالة للحدود وانفتاح للثقافات على بعضها البعض قد أدى إلى بروز صراع ثقافات وحضاراتوخلقت نوعاً من الخلل الفكري ينعكس ويعبر عن نفسه في صورة عمليات إرهابية.

لذا انتشر في الآونة الأخيرة العنف والإرهاب في معظم دول العالم وتخطى الحدود الجغرافية، فما حدث من أحداث سبتمبر عام 2001م في الولايات المتحدة الأمريكية، وما تبعه من حروب دولية في أفغانستان، والعراق، وصولا إلى الخلل الحادث بمنطقة الشرق الأوسط منذ بدايات الثورات العربيةعام 2010م وحتى تلك اللحظة، كل هذا هو نتاج للخلل الفكري، وهو ما عبر عنه الكثيرون منذ تفكك الاتحاد السوفيتي وانتهاء الحرب الباردة بمسمى صراع الحضارات، لذا فالعلاقة وثيقة بين تحقيق الأمن الفكري والقضاء على الإرهاب.

وتنبع أهمية الدراسة من أنها تضع تأصيلاً نظرياً لعدة مفاهيم وهي: الأمن، والخلل الفكري، والإرهاب الدولي، وتربط ما بين ممارسات القوى العظمى خلال فترة الحرب الباردة كدعمها لبعض الجماعات والدول، والخلل والإرهاب الفكري الذي نتج بعد انتهاء الحرب الباردة لدى تلك الجماعات، كأحد أسباب زيادة الإرهاب الدولى، مما يسد ركنا في المكتبة العلمية. وتهدف إلى وضع نموذج يمكن تطبيقه لمواجهة العنف والإرهاب دولياً، وإيجاد وسائل لتحقيق الأمن الفكري علي مستوى النظام الدولي.

وتتحدد إشكالية الدراسة في ما هو دور الأمن الفكري في مواجهة الإرهاب الدولي؟ وتسعى الدراسة للإجابة على عدة تساؤلات فرعية هي: ما المقصود بكلا من الأمن الفكري، الخلل الفكري، والإرهاب الدولي؟ ما العلاقة بين الأمن الفكري وصراع القوي العظمى على القوة والنفوذ ؟ ما وسائل تدعيم الأمن الفكري دولياً؟ كيف نحقق الأمن الفكري للدول؟

تقوم الدراسة على فرض رئيسي وهو أن انتهاء فترة الحرب الباردة وزعم انتهاء العدو الشيوعي واتخاذ الغرب عدو جديد وهو الإسلام وإبرازه لمصطلحات مثل صراع وحوار الحضارات أدى إلى مزيد منالعمليات الإرهابية الدولية، ومن ثم فإن تدعيم فكرة الأمن الفكري واحترامه دولياً سوف يؤدي إلي تقليل العنف والإرهاب في البيئة الدولية.وتستخدم الدراسة المنهج التحليلي. كما تركز على الفترة الزمنية(سبتمبر2001-مايو 2018م)، يمثل تاريخ 11سبتمبر2001مبداية الأحداث الإرهابية في الحادي عشر من سبتمبر بالولايات المتحدة الأمريكية، بينما 29مايو 2018 يمثل الهجوم الإرهابي على مدينة لييج البلجيكية، وهي كلها تمثل عمليات إرهابية دولية.

تنقسم الدراسة إلى ثلاثة مباحث كالتالي:

المبحث الأول: إطار نظري: مفاهيم الدراسة

أولاً: مفهوم الإرهاب الدولي.

ثانياً: مفهومي الإرهاب الفكري، والأمن الفكري.

ثالثاً: علاقة الأمن الفكري بمفهومي حوار وصراع الحضارات.

المبحث الثاني:العلاقة بين سياسة الدول العظمى والإرهاب الدولي.

أولاً: نشأة وتطور الإرهاب الدولي.

ثانياً: أسباب الإرهاب الدولي.

المبحث الثالث: وسائل تحقيق ودعم الأمن الفكري دولياً.

الخاتمة:

## المبحث الأول: إطار نظري

### مفاهيم الدراسة:(الإرهاب الدولي، الأمن الفكري، الخلل الفكري، صراع الحضارات)

أكد تقرير "مؤشر الإرهاب الدولي لعام 2014" تزايد وتيرة الإرهاب، وكذلك اتساعه وشموليته"، كما ارتفع أعداد قتلى العمليات الإرهابية بنسبة ٦١٪ في الفترة بين عامي ٢٠١٢ و٢٠١٣. كما ذكر المؤشر الصادر عن معهد "الاقتصاد والسلام" أن أكثر من 80% من الوفيات الناتجة عن حوادث إرهابيةفي عام 2013 سُجلَت في خمس دول فقط هي:العراق، وأفغانستان، وباكستان، ونيجيريا، وسوريا؛ حيث احتل العراق المركز الأول عالميًّا في مؤشر الإرهاب، تليه أفغانستان ثمباكستان ثم نيجيريا ثم سوريا، بينما احتل اليمن المركز الثامن، ومصر المركز الثالث عشر، ولبنان المركز الرابع عشر، وليبيا المركز الخامس عشر في مؤشر الإرهاب العالمي. أما بالنسبة لدول الخليج، فاحتلّت البحرين المركز الأول، والمركز الرابع والثلاثون عالميًّا، تلتها السعودية في المركز الخامس والخمسون عالميًّا، ثم الإمارات في المركز المائة عالميًّا، والكويت في المركز التاسع عشر بعد المائة عالميًّا، ثم قطر وعمان في المركز الرابع والعشرون بعد المائة عالميًّا. ويوضح التقرير أن جماعات "داعش" و"بوكو حرام في نيجيريا" و"طالبان" هم المسئولون عن الجزء الأكبر من أعمال القتل.[1]

وفي الخامس عشر من نوفمبر عام 2016 نشر التقرير أن عدد القتلى نتيجة الإرهاب في عام 2015 بلغ 29367 قتيلا، وأن جماعتا داعش وبوكو حرام وسعتا أنشطتهما لتمتد في دول ومناطق مجاورة، وأن معظم القتلى سقطوا في تركيا وفرنسا، حيث نفذ مسلحون ومهاجمون انتحاريون من داعش هجمات على قاعة باتاكلان للحفلات الموسيقية، واستاد لكرة القدم وعدة مقاهي في باريس مما أدى إلى مقتل مائة وثلاثون شخصاً، كما ذكر أن الدنمارك وفرنسا والمانيا والسويد وتركيا

[1]- البلدان الخمسة الأكثر تأثرا بالإرهاب، نوفمبر 2014،
http://www.sasapost.com/index-terrorism-states-increase-iraq-syria-victims/+&cd=9&hl=ar&ct=clnk&gl=eg&client=firefox-b

شهدوا أكبر عدد من القتلى في عام واحد منذ عام 2001. ومثلت العراق وأفغانستان ونيجيريا وباكستان وسوريا 72% من القتلى، وهي الدول التيتحتل المراكز الخمسة الأولى في المؤشر، وجاءت أمريكا في المركز 36، وفرنسا 29، وروسيا 30، وبريطانيا 34. وأن تنظيم داعش تسبب في وقوع أكبر عدد قتلى عام 2015، متفوقا على بوكو حرام، حيث نفذ هجمات في 252 مدينة أدت لسقوط 6141 قتيلاً، وأن ممارسة بوكو حرام لأنشطتها في دول مجاورة مثل النيجر والكاميرون وتشاد أدى إلى زيادة أعداد القتلى في تلك الدول بنسبة 157%.[1]

ولكن يلاحظ أن تلك الجماعات التي توصف بالإرهابية تتبنى نسقاً فكرياً وعقيدياً، تستطيع من خلاله جذب أتباع جدد لها، خاصة من الشباب، حيث تعمد إلى إحداث خلل فكري لدى الشاب، يتبعه غرس لقيم جديدة تتبناها تلك الجماعات، ويساعد على تدعيم تلك الأفكار الإرهابية الجديدة سلوك الدول العظمى، بما تقوم به من عمليات فرض لثقافتها، واستخدامها لمبدأ القوة ضد بعض الشعوب، مما يخلق قناعة لتلك الجماعات أن ما يقومون به هو رد فعل لظلم وغطرسة القوى العظمى، ولذلك يعمدوا إلى أن تكون عملياتهم الإرهابية في أماكن تجمهر لحدوث أكبر عدد من الخسائر، ولزرع معارضة لدى أكبر عدد ممكن لسياسة تلك الدول في الداخل، وخلق نوع من عدم الاستقرار.

## أولاً: مفهوم الإرهاب الدولي:

كلمة Terrorism تعني الإرهاب. والرهبة حالة تعيشها النفس، أو حالة شعورية عنيفة ومزعجة يعبر عنها أفراد معرضون لشر معين أو خطر معين. [2]

وذُكِرَت الرهبة في كتاب الله تعالي في موضع واحد، حيث يقولتعالى في الآية (60) من سورة الأنفال: "وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِن دُونِهِمْ لَا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ ۚ وَمَا تُنفِقُوا مِن شَيْءٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنتُمْ لَا تُظْلَمُونَ "، وجاءت هنا بمعنى استعداد للدفاع ضد الأعداء.

ويُعَرّف ريمون آرون الإرهاب بأنه: هو فعل العنف الذي تتجاوز أهمية تأثيراته النفسية أهمية نتائجه المادية. كما يعرفه جوليان فرويند بأنه: استعمال العنف دون تقدير أو تمييز، بهدف تحطيم كل مقاومة، وذلك لإنزال الرعب في النفوس، فالعنف لا يسعى فقط إلى القضاء على الأجساد البشرية وتدمير الممتلكات المادية بل يستعمل العنف ليخيف النفوس ويرهبها، بمعنى أن يستعمل جثث العنف ليزرع اليأس في قلوب الأحياء.

اما جرزي وارسيورسكي فيعرفالإرهاب السياسي بأنه: "فعل إجرامي يرمي الفاعل من خلاله إلى فرض سيطرته بالرهبة على المجتمع أو الدولة من أجل المحافظة على علاقات اجتماعية عامة أو من أجل تغييرها أو تدميرها.[3]

ويوصف الإرهاب بأنه دولي عندما يتجاوز تأثيره حدود الدولة ليصبح ظاهرة عابرة للحدود القومية.[4]

أو هو الإرهاب الذي يمارس في بلد أجنبي من قبل الإرهابيين، ضد المدنيين، من أجل تحقيق أهداف سياسية أو دينية أو أيديولوجية؛ يتم ذلك من خلال التهديد باستخدام العنف أو الإكراه أو بث الخوف والرعب. [1]

---

[1]-Global Terrorism Index 2016, Measuring and understanding the impact of terrorism, Institute for Economics and Peace, 2016, P.10.

[2]- د. أحمد أمين عامر، مواجهة الأزمات الإرهابية، مدخل إلى إدارة الدولة، مطبعة الأوفست الحديثة، القاهرة، 2002، ص. 321.

[3]- المرجع السابق، ص. 340.

4- محمد حميد دغجوقة، ظاهرة الإرهاب الدولي وانعكاساتها على الأمن الوطني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015، ص.17.

وبغض النظر عن تعدد مفاهيم الإرهاب فإنه يوجد شكلين للإرهاب، الأول هو إرهاب الدولة، والثاني هو إرهاب الأفراد والمجموعات. وقد يحدث تدخل بين هذين النوعين؛ فالدولة قد ترتكب الإرهاب بنفسها أو بواسطة دعمها لبعض الأفراد أو الجماعات لتضعف بعض الدول الأخرى، كما أن الجماعة الإرهابية إذا نجحت وسيطرت على مقاليد السلطة قد تستمر في استخدام العنف والإرهاب وهي في السلطة. [2]

**ثانياً:مفهومي الإرهاب الفكري،والأمن الفكري:**

الإرهاب الفكري هو أخطر أنواع الإرهاب، وهو تجميد العقل وقتل الحريات وتكميم الأفواه، ومصادرة كل حقوق الإنسان في الإبداع، والتفكير، واتخاذ القرار، وحق الاختيار.

ومن نتائج الإرهاب الفكري أنه يحول الإنسان إلى آلة ينفذ ما يؤمر به دون أي اعتراض، ويجعله مستسلم الإرادة لا حول له ولا قوة فيما يحدث حوله، كما يدمر الإنسان من الداخل، ويتمدد عموديا وأفقيا ليشمل المجتمع كله، حتى يتقزم المجتمع، ويجبر الناس على تزوير أفكارهم وأنفسهم فيسقطوا في قاع الخنوع والذل والهوان والعبودية، حتى تتلاشى شخصيتهم المعنوية ليصبحوا مرغمين على تقبل كل ما يملى عليهم طائعين خاضعين تحت قوة التهديد والوعيد.[3]

وعلى العكس من مصطلح الإرهاب الفكري يوجد ما يسمى بالأمن الفكري،وكلمة أمن هي اسم والمصدر أَمِنَ، أَمَنَ وتعني الاطمئنان، وأَمِنَ الرجل أي اطمئن و لم يخف، وأمن البلد أي اطمئن أهله.[4]

والأمن في العلاقات الدولية كما يراه كين بوث يعني "الانعتاق" أي "تحرير الشعوب من القيود التي تعيق مسعاها للمضي قدما في اتجاه تجسيد خياراتها، ومن بين هذه القيود: الحرب، والفقر، والاضطهاد ونقص التعليم والمرض، وغيرهم".[5]

كما تربط النظرية الواقعية بين عنصر القوة ومعضلة الأمن، فهي ترى أن التنافس والصراع هما النمط الغالب على سلوك الدول من أجل زيادة قوتها وتحقيق مصالحها، التي تتمحور حول زيادة موارد الدولة من القوة القومية بمفهومها الشامل من عناصرها المادية وغير المادية، وبقدر ما تمتلك الدولة من قوة، فإنها تستطيع تحقيق بقائها وتفوقها.[6]

ويقدم بريجنسكي منظورًا شاملا لمفهوم القوة العالمية يتحدد بعدة أبعاد، هما الوصول العسكري العالمي، الدور الاقتصادي العالمي، الجذب الثقافي – الفكري العالمي.[7]

---

1- International terrorism, http://www.thefreedictionary.com/international+terrorism

2- د. جميل حزام يميل حزام يحيي الفقيه، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي العام، الدائرة القانونية والإدارية بمركز الدراسات والبحوث اليمني صنعاء، مجلة دراسات يمنية، العدد 93، إبريل - يونيو 2009، ص. 21.

3- ناصر العليمي، الإرهاب الفكري،

http://www.alanba.com.kw/kottab/nasser-alalimi/340003/17-11-2012-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25A7%25D8%25B1%25D9%2587%25D8%25A7%25D8%25A8%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2581%25D9%2583%25D8%25B1%25D9%258A/+&cd=2&hl=ar&ct=clnk&gl=eg

4- معجم المعاني الجامع:

http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AE%D9%84%D9%84/

5- تاكايوكي یامامورا. مفهوم الأمن في نظرية العلاقات الدولية: ترجمة: عادل زقاغ،

http://bohothe.blogspot.com.eg/2010/03/blog-post_26.html

6- د. خالد بن نايف الهباس، التنافس الدولي وأثره على العالم العربي، مجلة شؤون عربية، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، عدد 153، ربيع 2013، ص.ص. 176- 196، ص. 177.

7- بن عائشة محمد الأمين، جدلية القوة في العلاقات الدولية، بتاريخ 4 مارس 2015،

http://www.politics-dz.com/threads/gdli-alqu-fi-alylaqat-alduli.232/

ويُقصَد بالأمن الفكري الحفاظ على المكونات الثقافية الوطنية والأصيلة في مواجهة الثقافية الوافدة، أو الأجنبية، وهو بهذا يعني حماية وصيانة الهوية الثقافية من الاختراق أو الاحتواء من الخارج.كما يعني الحفاظ على العقل من المؤثرات الخارجيةأو أية انحرافات فكرية أو عقيدية أيحماية أنظمة المجتمع وتقاليده، وحماية المؤسسات الثقافية في الداخل من الانحراف. واطمئنان الناس على مكونات أصالتهم وثقافتهم النوعية ومنظومتهم الفكرية، بما يحقق السكينة والاستقرار والاطمئنان القلبي واختفاء مشاعر الخوف على مستوى الفرد والجماعة في جميع المجالات النفسية والاجتماعية والاقتصادية.

وعلى ذلك فإن الأمن الفكري كمفهوم إجرائي يعني ذلك النشاط والتدابير المشتركة بين الدولة والمجتمع لتجنب الأفراد والجماعات شوائب عقائدية، أو فكرية، أو نفسية تكون سبباً في انحراف السلوك والأفكار والأخلاق عن جادة الصواب أو سبباً للوقوع في المهالك؛ أي تحصين أفكار المجتمع من المهددات والأخطار التي تؤدي إلى الإخلال بالثوابت العقيدية والوطنية والأخلاقية وغيرها، والعمل على سلامة فكر الإنسان من الانحراف أو الخروج عن الوسطية والاعتدال في ممارسته لأنشطته وسلوكياته المختلفة وذلك من أجل وقاية المجتمع من مخاطر الإرهاب وتعزيز مستوى الأمن والاستقرار والطمأنينة في الحياة اليومية. [(1)]

إن انعدام الأمن الفكري قد يؤدي إلى وجود خلل فكري، أو تخلف فكري، والخَلَلُ يعني الفساد والضعف، وعندما يقال في رأيه خلل أي فيه ضعف وفساد، والخلل العقلي أي عدم التوازن العقلي.[(2)]

أما التخلف الفكري فهو حالة من القصور تصيبالعقلبسبب نـــدرة أو ســـطحية القيم والمعارف، أو حداثة الخبرة، بما يسهم في تقييد العقل بأساليب تفكيرية غير رشيدة، وسيطرة المفاهيم والمعتقدات الخاطئة عليه، ذلك لأن التخلف في طرق التفكير يرجع بداية إلى ندرة المعطيات أو التراكمية الثقافية التي على عمليات العقل وتؤثر في مخرجاته من معتقدات أو تصورات أو آراء. [(3)]

**ثالثاً: علاقة الأمن الفكري بمفهومي حوار وصراع الحضارات:**

الحضارة كما يعرفها شفيتسر في كتابه "فلسفة الحضارة" هي ذلك التقدم الروحي والمادي للأفراد والجماهير على السواء. [(4)]فالحضارة تمثّل جميع الأمور المرتبطة بالاستقرار الماديّ وكذلك المعنويّ، بحيث تتضمّن كلاً من الأنظمة الفكريّة والاجتماعيّة والثقافيّة وغيرها، ويتمّ تناقلها بين الأجيال.[(5)]

أما الثقافة فتُعَرَّف على أنّها مجموعة من الخصائص التي تشكّل انعكاساً لحياة مجموعة من البشر، الذين يتبعون أساليب معيّنة في العيش، والتراث، واللغة، والعلوم، وما تتضمّنه من مجالات مختلفة كالآداب والسلوكيات وكذلك المعتقدات، ويتمّ

---

[1]- بكيل بن محمد البراشي، " دور الأمن الفكري في الوقاية من الإرهاب: دراسة تطبيقية في الجمهورية اليمنية"، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص. 17.

[2]- معجم المعاني الجامع:

http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AE%D9%84%D9%84/

3- متعب بن شديد بن محمد، إستراتيجية تعزيز الأمن الفكري، بحث مقدم للمؤتمر الوطني الأول للأمن الفكري "المفاهيم والتحديات"، في الفترة من ٢٢-٢٥جماد الأول،١٤٣٠هـ، كرسي الأمير نايف بن عبد العزيز لدراسات الأمن الفكري بجامعة الملك سعود،

http://faculty.mu.edu.sa/download.php?fid=9932

4-د. دعاء محمد عبد النظير حماد، نظرية التطور بين البيولوجيا والأيديولوجيا (رؤية فلسفية معاصرة)، دار كلمة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2011، ص. 312. .312

5- ياسمين عدنان ابو سالم، الفرق بين الحضارة والثقافة،

http://mawdoo3.com/الفرق_بين_الحضارة_والثقافة

انتقالها من جيل إلى آخر، بحيث تكون خاصّة أو محصورة بشعب أو أمّة واحدة، وبذلك يتم انتسابها للشعب الذي أنتجها لتصبح إحدى ممتلكاته الخاصة، ومن خصائص الثقافة: الانتقالية، والتغيير، والاكتساب من خلال عيش تجارب الحياة.

وتمثل الثقافة مصدرا مهما للدوافع؛ فالدوافع لا تنبع فقط من داخل الفرد وشخصيته، بل أيضا من علاقته بمن حوله والقيم الثقافية في مجتمعه، فيمكن التمييز بين مجتمعات تعلي من قيمة الحرية وأخرى تعلي من قيمة المساواة، وثالثة تعلي من قيمة التضامن، وهكذا. فتبرير حرب باسم نشر الديمقراطية قد يكون أيسر في المجتمعات التي تعلي من قيمة الحرية، كما فعلت الحكومتين الأمريكية والبريطانية قبيل حربهما على العراق عام 2003، أما في المجتمعات التي تعلي من قيمة التضامن، كالمجتمعات العربية، فقد يسهل تعبئة الجمهور وحشد الدعم الشعبي لنصرة شعب شقيق في نضاله المشروع كالشعب الفلسطيني.[1]

كما يؤكد البعض أنه كلما زاد اختراق مكونات الثقافة الأساسية لشعب من الشعوب، كانت الاستجابة مزيداً من التشبث بالهوية، وأجمع الباحثون على أن ظاهرة الاجتثاث الثقافي جعلت العديد من الشعوب والقوميات تعيش في ظل هاجس الخوف من ضياع الهوية وذوبانها، مما جعل منظومات القيم والرموز والمرجعيات وأنماط العيش تعيش حالة من التهديد السافر الذي يطال ثوابتها وأسسها.[2]وفي ظل التحول للعولمة وكسر الحواجز الجغرافية، وانفتاح ثقافات العالم على بعضها ظهرت مفاهيم عديدة مثل مفهومي صراع الحضارات، وحوار الحضارات.

ويعرف صراع الحضارات بأنّه عبارة عن إطار تَحاوري بين عددٍ من الثقافات المختلفة فيما بينها، نظراً لسعي كلٍّ منها إلى فرض ذاتها وثقافتها على الأخرى، وبالتالي يُهيمن الصراع الرهيب والطغيان الإنساني على هذه الحضارات، كما يشير المصطلح إلى الاختلافات السياسية والاقتصاديةالتي برزت بين الدول القومية والحضارات العديدة خلال فترة ما بعد الحرب الباردة، وتشمل كلّاً من الحضارات الإسلامية والصينية واليابانية والهندية والغربية والأفريقية وأمريكا اللاتينية، وترجع الأسباب بالدرجة الأولى لهذه الخلافات إلى الاختلاف الثقافي فيما بينها. لذا عرف البعض صراع الحضارات بأنه عبارة عن إطار تَحاوري بين عددٍ من الثقافات المختلفة فيما بينها، نظراً لسعي كلٍّ منها إلى فرض ذاتها وثقافتها على الأخرى.[3]

ومع بروز واندلاع الصراع بدأت تتعالى الأصوات بضرورة الحوار بين تلك الحضارات والثقافات المختلفة، وأول من وضعفكرة حوار الحضارات، ولفت الانتباه إليها هو المفكر الفرنسي روجيه جارودي، حيث تعبر هذه الفكرة التي تحولت إلى ما يشبه النظرية فيما بعد، عن محاولة إيجاد مساحات مشتركة ونقاط للتلاقي بين كافة الحضارات والمجتمعات بغية التلاقي والتعاون على كل خير، والابتعاد والتقليل من كل ما هو شر. فحوار الحضارات هو استمرارية التشاور والتفاعل بين الشعوب، والقدرة على قبول كافة الأفكار الجديدة بدون التعصبات التي دمرت العالم، سواء كانت هذه الأفكار دينية أم

---

1- أحمد علي سالم، القوة والثقافة وعالم ما بعد الحرب الباردة: هل باتت المدرسة الواقعية في العلاقات الدولية شيئا من الماضي؟، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، عدد 32، خريف 2011، ص.ص. 119- 136، ص. 133.

2- محمد شقشوق، العولمة الثقافية المفهوم والتجليات، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، عدد 32، خريف 2011، ص.ص. 131- 144، ص. 137.

3- د. عدنان إبراهيم، مفهوم صراع الحضارات، نوفمبر ٢٠١٦،

http://mawdoo3.com/تعريف_صراع_الحضارات

ساسية أم ثقافية أم اجتماعية أم اقتصادية وما إلى ذلك .[1]أي يعني التشاور والحوار الثقافي بين الشعوب، والقدرة على التكيف مع الأفكار المخالفة والتعامل مع جميع الآراء الثقافية والدينية والسياسية.[2]

ويهدف حوار الحضارات إلى أن يكون هناك تنسيق، وتفاعل مشترك بين الحضارات كافة، والثقافات، والأمم المختلفة، في كافة المجالات، وفي كافة شئون ونواحي الحياة الدينية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها، حيث أن التفاعل الكبير بين الحضارات يعمل على التقليل من المشاحنات والاختلافات والتعصبات وكل هذه الأمور، وما جرى في العالم من حروب عالمية وحروب دينية وعمليات تطهير عرقية وما إلى ذلك، ما هو إلا نتيجة البعد الشاسع بين الناس وعدم احترامهم لبعضهم البعض .[3]

ولكن يلاحظ أن مفاهيم حوار الحضارات التي تحاول أن تثبت أنه لا يوجد صراع حضارات وأنه هناك قبول لفكر الآخر تُثَار فقط من أجل السيطرة على الحضارة الإسلامية والفكر الإسلامي لترويده لصالح الحضارات الغربية وقبول الآخر الغربي أو الصهيوني، بدليل أفعال الدول الغربية والقوى العظمى التي تثير العديد من النعرات والتفرقة والتمييز ضد القوى الصغرى خاصة العربية والإسلامية.

## المبحث الثاني: العلاقة بين سياسات الدول العظمى والإرهاب الدولي.

### أولاً: نشأة وتطور الإرهاب الدولي:

يعود الإرهاب إلى العصور القديمة، فقد ابتكرت الدول الاستعمارية أساليب وحشية لردع حقوق الشعوب المشروعة في المطالبة بالحرية وللمحافظة على المستعمرات، ووصل الأمر إلى حد الإبادة،ولكنه اكتسب أبعاداً جديدة مع ظهور ونشاط الاستعمار الحديث، ، حيث سعت الدول الغنية والكبرى إلى استخدام التكنولوجيا الفائقة الخاصة بالاتصالات، والتجسس، والذخيرة والسلاح، واستخدامها في صراعاتها الخارجية، وإقامة منظمات مناوئة بهدف إعلاء مصالحها وضرب مصالح الغير.

ومثال ذلك ما حدث في أفغانستان بعد وصول القوات السوفيتية إليها عام 1979م؛ إذ قامت الولايات المتحدة الأمريكية مستعينة بجهاز المخابرات المركزية CIA، وبأصدقائها الغربيين وغيرهم من المؤثرين على المنطقة مثل السعودية، وباكستان في إنشاء منظمات مناوئة لحكومة كارمل الصديقة للسوفييت، وجندت ودربت لذلك أفراداً من الجماعات الإسلامية في العالمين العربي والإسلامي؛ لضرب وتهديد وتقويض الدولة الانتقالية الاشتراكية. وعندما سقط النظام في أفغانستان، و لم تعد هناك حاجة لوجود هؤلاء المسلحين الإسلاميين المدربين جيداً عن طريق الــ CIA، واللذين حققوا بعض

1- محمد محمد، تعريف حوار الحضارات، 24 ديسمبر 2014،
http://mawdoo3.com/%25D8%25AA%25D8%25B9%25D8%25B1%25D9%258A%25D9%2581_%25D8%25AD%25D9%2588%25D8%25A7%25D8%25B1_%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25AD%25D8%25B6%25D8%25A7%25D8%25B1%25D8%25A7%25D8%25AA+&cd=1&hl=ar&ct=clnk&gl=eg

2- ملف حول حوار الحضارات، 10مارس 2014، www.bohot.ml

3- محمد مروان، مفهوم حوار الحضارات، ديسمبر 2014،
http://mawdoo3.com/تعريف_حوار_الحضارات

الثروات من الدولارات الأمريكية عادوا إلى بلادهم وأُطلِقَ عليهم "الأفغان العرب"، وكانوا ذو جنسيات مختلفة فمنهم المصري والسوداني واليمني والسعودي والسوري واللبناني،..... الخ.[1]

وبهذا فإن الإرهاب أصبح أحد أدوات السياسة الخارجية لنوعين من الدول:

الأولى: هم الدول الكبرى في إطار إعادة صياغة نمط السياسة الخارجية وإطار مصلحتهم القومية، ومحاولاتهم لرسم خريطة جديدة للعالم تتفق مع مصالحهم.

الثاني: هم الدول الإقليمية ذات الدور المؤثر على المستوى الإقليمي، بما يحفظ لها دورها الإقليمي المؤثر والقائد، وبما يضمن مصالحها أيضا.

فبانتهاء الحرب العالمية الثانية وتبلور قطبين عظميين في العالم لكل منهما فكر، وثقافة، وأيديولوجية مختلفة عن الآخر، مما تسبب في نشوب حرب باردة استمرت لأكثر من أربعة عقود، حاول كل قطب خلالهم أن ينشر ويفرض أيديولوجيته في أكبر منطقة يستطيع الوصول إليها، والسيطرة على تابعيه، مما جعلهم يتحكمون في سلوك كثير من التابعين، إلا أن هذا لم يمنع من حدوث بعض التمرد والتحدي من الدول الصغرى والتابعة.

ومع نهاية الحرب الباردة ظهرت موجة استخدام القوة في كثير من دول العالم كأسلوب للمقاومة الداخلية لأهداف سياسية واجتماعية أو لخدمة أهداف تحررية، أو تعبيراً عن طموحات قومية لأقليات عرقية ودينية. [2]في الوقت الذي حاولت فيه الولايات المتحدة الأمريكية فرض أيديولوجيتها، وثقافتها على دول العالم، في ظل سيادة نمط الهيمنة الأمريكية. [3]

حيث أعطت لنفسها حق التدخل في المناطق التي تعاني شعوبها من كوارث طبيعية، أو سياسية، أو حربية، بشكل يهدد حياة السكان، أو يخلق حالة من الفوضى الأمنية، ويهدد أمن وسلامة الدول المجاورة، ولذلك كان التدخل الأمريكي في الصومال عام 1992م، فيما عرف بـــ "عملية إعادة الأمل"، وبررت ذلك باعتباره حق أخلاقي، تفرضه الأوضاع الخاصة التي تتمتع بها أمريكا باعتبارها قائد للمنظومة الدولية، بناء على تفويض رسمي من الأمم المتحدة لقوات من الدول الأعضاء بالتدخل عسكريا، وبالحجم الذي تراه مناسباً في الصومال، وفقا للقرار 794 والصادر في الرابع من ديسمبر 1992، فقامت الولايات المتحدة بإرسال عشرات الآلاف من قواتها العسكرية، معززة بأحدث ما في ترسانة الأسلحة الأمريكية من تكنولوجيا، في حين لم يكن الصوماليون في حاجة إلا إلى الغذاء ومواد الإغاثة بالدرجة الأولي، وهذا ما نص عليه قرار الأمم المتحدة: " .... استخدام كل الوسائل اللازمة لإيجاد بيئة آمنة لعمليات الإغاثة الإنسانية في الصومال، في أسرع وقت ممكن".[4]

كما أن هناك دور فعال تلعبه وسائل الإعلام المختلفة، لتبرير العمليات الإرهابية التي تقوم بها الدول الكبرى للتدخل في شؤون الدول الصغرى.[5]

1- د. حسين شريف، الإرهاب الدولي وانعكاساته على الشرق الأوسط خلال أربعين قرناً، الجزء الأول، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ، 1997، ص.ص. 132، 133.
2-د. حسين شريف، الإرهاب الدولي وانعكاساته على الشرق الأوسط خلال أربعين قرناً، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ، 1997، ص. 597.
3-السيد يسين، تحولات الأمم والمستقبل العالمي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2010، ص. 358.
4- د. جهاد عودة، الصراع الدولي: مفاهيم وقضايا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2006، ص. 66.
5- د. جمال علي زهران، النظام الدولي بين الاستمرارية والتغيير: دراسة في مشكلات معاصرة، مطبعة الأوفست الحديثة، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002، ص. 32.

فقدصور الإعلام الغربي نموذج الرأسمالية والليبرالية بأنه الأحسن والأصلح للبقاء بعد سقوط النظم الاشتراكية بقيادة الاتحاد السوفيتي، ومن ثم فإن الثقافة والحضارة الغربية هي الأفضل، وأن التقدم يكمن في تبني وتطبيق الثقافة الغربية، كما استحدث الغرب عدواً جديداً يجمع حوله شعوب الغرب؛ فبرز الإسلام كعدو جديد مقابل الثقافة الغربية، ومن ثم ظهرت مفاهيم مثل صراع الحضارات، وحوار الحضارات.

وبناء على ظهور تلك المفاهيم ظهرت دعوات من بعض الثقافات للانفصال، وتكوين كيانات مستقلة، كما تبنت تلك الدعوات مبادئ حقوق الإنسان العالمية القائمة على حق تقرير المصير، وحرية التعبير عن الرأي، وحرية العقيدة، ولكن ظهر تناقض العالم الغربي في تبنيه لدعوات حق تقرير المصير، وحرية الرأي، وحرية العقيدة، وفي ذات الوقت ظهور عداوة لكل ما هو إسلامي، وبخاصة لكل ما هو عربي وإسلامي.

وأدت هجمات الحادي عشر من سبتمبر2001مإلى تغيير استراتيجية الأمن القومي الأمريكي من سياسة الاحتواء إلى سياسة الضربات الوقائية، بغرض القضاء على الإرهاب، والمنظمات الإرهابية، والتخلص من قياداتها، ومنابع تمويلها، وشبكات اتصالاتها، كما عملت على دعم حكومات الدول في جهودها ضد الإرهاب. فكانت ضربات الحادي عشر من سبتمبر هي الحجة التي استخدمتها الولايات المتحدة لتؤكد للعالم أن العرب والمسلمين هما أصل الإرهاب، فتم ضرب أفغانستان، ثم العراق، ثم إجبار ليبيا على تسوية أزمة لوكيربي، حسب الإرادة الأمريكية، كما أعلنت الولايات المتحدة عن قائمة ضمت دول محور الشر في العالم، ومن بين الدول المدرجة على هذه القائمة العراق، وإيران، وسوريا، وليبيا، والسودان، وكوريا الشمالية، وكانت هذه القائمة قابلة للزيادة بشكل مستمر حسب تقاطع سياسات الدول مع سياسة ومصالح الولايات المتحدة.[1]

وجاء في خطاب "جورج تينيت" مدير وكالة المخابرات المركزية الأمريكية (CIA)، والذي وجهه للعاملين بالوكالة، في الثاني عشر من سبتمبر2001م: "لا يجب أن ينعم الإرهابيون اللذين قاموا بهذه الهجمات، ومن قدموا لهم الدعم والمساعدة بالراحة أو الأمان، أن الكلمة الأخيرة لن تكون لهم، فالمستقبل ملك لأبطال الحرية وليس لأعدائها، وهذا هو هدفنا الدائم، اليوم وغداً".[2]

ومَثّلَ تأديب الدول العربية والإسلامية إرهابا حقيقيا من جانب الدولة العظمي خاصة الولايات المتحدة الأمريكية والدول الغربية،فقد ساعدت الدول العظمي بعض التيارات الفكرية في المنطقة العربية على سبيل المثال بغرض استخدامها لمقاومة النظم الحاكمة المعارضة لسياسات الولايات المتحدة الأمريكية، مما جعل الدول العربية والإسلامية مهددة فكرياً، وخالية من الأمن الفكري في خارج حدودها، وفي الداخل تتواجد جماعات تدعمها بعض القوى العظمى تعمل على خلق تعصب فكري، وخلل فكري، ومن ثم عدم وجود أمن فكري.

كما خلقت القوى العظمي ما يسمي بالطائفية، والمشكلة في المجتمعات لا تكمن في وجود الطوائف، بوصفها جماعات بشرية تشكلت عبر التاريخ، فهذا أمر طبيعي، وقد أمكن التعايش معه، لا سيما أن هذه يمكن أن تشكل عامل إغناء وتنوع وإثراء حضاري وثقافي لأي بلد. لكن المشكلة تكمن في الفكر السياسي الطائفي، الذي يحول هذه الطوائف إلى

1- لمزيد من التفاصيل يرجع إلى: د. شريفة فاضل بلاط، أنماط العلاقة بين الدول الكبرى والدول الصغرى مع التطبيق على نموذج أزمة لوكيربى، رسالة ماجستير، كلية التجارة، جامعة بورسعيد، 2003.
2- د. جهاد عودة، مرجع سابق، ص. 60.

وحدات اجتماعية مختلفة عن بعضها، وتوظيفها في إطار الصراعات السياسية.[1]فالطائفية والانقسام في التركيبة السكانية العراقية على سبيل المثال قد تم إيقاظها وتنشيطها عمداً تطبيقاً لقاعدة "فرق تسد".[2]وكذلك الانقسام الطائفي بلبنان.

كما أكد وزير الدفاع الأمريكي "دونالد رامسفيلد" لوزراء دفاع حلف شمال الأطلنطي في السادس من يونيو عام 2002م، في بروكسيل أن الحلف لا يمكن أن ينتظر الدليل القاطع حتى يتحرك ضد المجموعات الإرهابية، أو التي تمتلك الأسلحة: الكيماوية، والبيولوجية، والنووية".[3]وفي الخطاب السنوي لجورج بوش الابن في الثامن والعشرين من يناير 2003م أمام الكونجرس،أكد على أن الأنظمة الخارجة على القانون هي أعظم خطر يواجه أمريكا والعالم اليوم في الحرب على الإرهاب، وتلك الأنظمة تسعى إلى امتلاك، أو تمتلك بالفعل أسلحة نووية وكيماوية وبيولوجية يمكنها استخدامها بغرض التهديد والإرهاب والقتل الجماعي".[4]

وبعد اغتيال رئيس الوزراء اللبناني رفيق الحريري في فبراير ٢٠٠٥م، هددت الولايات المتحدة باستخدام القوة ضد سوريا أو فرض عقوبات اقتصادية ضدها، وجاء هذا التهديد قبل إدانة سوريا رسمياً أو ثبوت تورطها بهذه الجريمة. وكذلك وجهت تهديداً مماثلاً لكل من كوريا الشمالية وإيران عقب اتهامهما بتخصيب اليورانيوم لأغراض عسكرية.[5]

ويرى ميخائيل ديرباسوف –محلل سياسي روسي– أن الحملة الأمريكية على الإرهاب، وما تبعها من هجوم على الإسلام والمسلمين دفعت نظام الرئيس بوتين إلى الاهتمام بالمسلمين الروس، خشية استغلال بعض الجهات لهم لإثارة القلاقل والاضطرابات داخل روسيا، ولهذا سعت روسيا إلى التقرب من المسلمين الروس، والتقرب من دول العالم الإسلامي؛ للتأكيد على تناقض سياسة روسيا مع السياسة الأمريكية تجاه الإسلام، وقد استطاع الرئيس فلاديمير بوتين الحصول على عضوية (مراقب) في منظمة المؤتمر الإسلامي في أكتوبر 2003م.[6]

ولكن بعد بدء الثورات العربية في 2010، تدخلت الولايات المتحدة الأمريكية في دول مثل ليبيا، عن طريق حلف شمال الأطلنطي، فكان رد الفعل على هذا التدخل هو وقوع هجمات في 11سبتمبر 2012م ببنغازيوالقاهرةعلى البعثتين الامريكيتين فيهما، وفي 13سبتمبر2012في صنعاء.كما كان رد الفعل على التدخل الروسي في سوريا، بمقتل سفير روسيا في تركيا "أندريه كارلوف" في 19 ديسمبر 2016م.

كما تعددت الحوادث الإرهابية لأسباب دينية تتعلق بعدم احترام الغرب للدين الإسلامي، ففي 7 يناير 2015 تم اقتحام الصحيفة الفرنسية "شارلي إبدو" نتيجة نشرها لرسوم كاريكاتيرية دانماركية مسيئة للرسول صلى الله عليه وسلم.

كما اندلعت الاشتباكات بسبب بث الفيلم المسيىء للرسول سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام، والمعروف باسم براءة المسلمين، وإن كان الهجوم على السفارة الأمريكية سلمياً في مجمله رغم انزال المهاجمين للعلم الامريكي من ساريته. فإن

---

[1]- ماجد كيالي، الصراعات الطائفية: مصادرها وأبعادها ومصائرها، مجلة شؤون عربية، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، عدد 153، ربيع 2013، ص.ص. 68- 78، ص. 70.

[2]- سيد أبو زيد عمر، الصراعات الطائفية: العراق وحكم الطائفية، مجلة شؤون عربية، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، عدد 153، ربيع 2013، ص.ص. 88-96، ص. 89.

3- د. جهاد عودة، مرجع سابق، ص.58.

4- المرجع السابق، ص.59.

5- حمدان رمضان محمد، الإرهاب الدولي وتداعياتهعلى الأمن والسلم العالمي، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد١١، العدد 1، ص.279
http://www.iasj.net/iasj%3Ffunc%3Dfulltext%26aId%3D25567+&cd=1&hl=ar&ct=clnk&gl=eg

6- خضر عباس عطوان، سياسة روسيا والاستقرار في النظام الدولي، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، عدد 20، خريف 2008، ص.ص. 47-64، ص. 60.

الهجوم الذي شُنَ على القنصلية الأمريكية في ليبيا كان أشد وطأة وأعنف بكثير، واستُعمِلَت فيه الأسلحة الثقيلة. وقذف مجهولون مبنى القنصلية بالصواريخ،مما أدى إلى اشتعال النيران فيها، ومقتل السفير الأمريكي في ليبياكريستوفر ستيفنز،وجنديين من مشاة البحرية الأمريكيةوموظف أمريكي في السفارة.

وكان صعود اليمين المتطرف في العديد من الدول الغربية عاملا مساعدا على مزيد من عمليات الإرهاب، فقد زادت في أوروبا المخاوف من الصحوة الإسلامية، ثم ربط البعض بين ارتفاع نسب البطالة في أوروبا وارتفاع نسب المسلمين فيها، وزيادة أعداد المهاجرين المسلمين من الدول العربية والإسلامية. وتعددت الحوادث الإرهابية منها على سبيل المثال لا الحصر سلسلة تفجيرات بروكسل في 22 مارس 2016م، حيث وقع في مطار بروكسل، وحادث نيس بفرنسا، في 15 يوليو 2016م، حيث دهست شاحنة جمعاً من الناس احتشدوا لمشاهدة الألعاب النارية بمناسبة احتفالات العيد الوطني.وهجوم إسطنبول الذي وقع خلال احتفالات رأس السنة يوم 1 يناير 2017،وهجوم الشانزلزيه بفرنسا في 20 أبريل 2017، وحادث إطلاق النار بكنيسة في مدينة كيزليار بجنوب جمهورية داغستان الروسية في 18 فبراير 2018، وكذلك الهجوم الذي وقع في باريس يوم 12 مايو2018، وأعقبه هجوم مدينة لييج البلجيكية في 29 مايو 2018.

وقد أعدت الباحثة قائمة تضم أبرز الحوادث الإرهابية التي وقعت بأروبا والولايات المتحدة الأمريكية وروسيا، خلال الفترة (2001-2018)، ولقد تم أخذ هذه العينة العشوائية للحوادث الإرهابية في تلك المناطق على أساس أن تلك المناطق تضم أكبرقوتين دوليتين وهما الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا، بالإضافة إلى العديد من القوى الأوروبية مثل بريطانيا وفرنسا وألمانيا.

وركزت الدراسة على الحوادث الإرهابية التي وقعت على أرض تلك الدول، أخذا في الاعتبار أن هناك حوادث إرهابية قد تكون ضد سفارات تلك الدول في دول أخرى إلا أننا لم ندرجها ضمن هذا الجدول.

جدول رقم (1)

| مسلسل | تاريخ الحادث | الدولة | وصف الحادث | القائم بالحادث وأسبابه |
|---|---|---|---|---|
| 1. | 11سبتمبر 2001 | الولايات المتحدة الأمريكية | ضرب مركز التجارة العالمي ووزارة الدفاع الأمريكية | تنظيم القاعدة، رداً على تدخل الولايات المتحدة بمنطقة الشرق الأوسط |
| 2. | 23 أكتوبر 2002 | روسيا | هجوم على مسرح بموسكو | 50 مسلح من جمهورية الشيشان |
| 3. | 11مارس 2004 | أسبانيا | تفجيرات مدريد لشبكة القطارات بالعاصمة الإسبانية | اتهم المنفذين بأنهم كانوا ضمن خلية استوحت فكرها من جماعة القاعدة. |
| 4. | 7يوليو 2005 | بريطانيا | اعتداءات لندن على قطارلندن تحت الأرض وحافلة ركاب | نفذه أربعة متشددين |
| 5. | 29مارس 2010 | روسيا | ضربات موسكو في محطتين لمترو الأنفاق | نفذ الضربات سيدتان تنتميان للانفصاليين الشيشانيين. |
| 6. | 11ديسمبر 2010 | السويد | تفجيرات ستوكهولم بالسويد | المنفذ من أصول شرق أوسطية |
| 7. | 2مارس 2011 | المانيا | حادث فرانكفورت حيث أطلقت النار في مطار فرانكفورت | متشدد من أصل ألباني استهدف حافلة تابعة للقوات الجوية الأمريكية. |
| 8. | 22يوليو 2011 | النرويج | تفجيرات أوسلو بالنرويج | جماعة أصولية مسيحية. |

| .9 | بين 11 و 19 مارس 2012 | فرنسا | ثلاث عمليات في تولوز ومونتبان في فرنسا | شخص واحد متشدد، يُدعى محمد مِراح |
|---|---|---|---|---|
| .10 | 18يوليو 2012 | بلغاريا | تفجير بورغاس الانتحاري في بلغاريا، إذ استهدف انتحاري حافلة كانت تقل سياحا إسرائيليين في مطار بورغاس | تم توجيه الاتهام إلى حزب الله اللبناني |
| .11 | 15أبريل 2013 | الولايات المتحدة الأمريكية | تفجيرات بوسطن في ماراثون بوسطن | شقيقان من أصل شيشاني |
| .12 | 24مايو 2014 | بلجيكا | فتح مسلح النار على المتحف اليهودي بالعاصمة البلجيكية بروكسل | المتهم، وهو فرنسي من أصل جزائري، له صلات بتنظيم الدولة الإسلامية. |
| .13 | 7يناير 2015 | فرنسا | اقتحام الصحيفة الفرنسية شارلي إبدو | متشددان، بسبب نشر رسوم كاريكاتيرية مسيئة للرسول صلى الله عليه وسلم. |
| .14 | 8يناير 2015 | فرنسا | قتل متشدد شرطية، وأصاب موظفا بلديا في مونروغ جنوبي باريس. وفي اليوم التالي، قام نفس المتشدد باحتجاز رهائن داخل متجر يهودي في باريس. | متشدد |
| .15 | 3فبراير 2015 | فرنسا | تعرض ثلاثة جنود لاعتداء بالسكاكين أثناء الخدمة أمام مركز لليهود في مدينة نيس الفرنسية. | المهاجم عبر أثناء احتجازه عن كراهيته لفرنسا والشرطة والجنود واليهود. |
| .16 | 14و15 فبراير 2015 | الدنمارك | هجمات بالعاصمة الدنماركية كوبنهاغن.<br><br>وفي اليوم التالي، فتح نفس الشخص النار على كنيس كوبنهاغن الكبير. | فتح متشدد النار على ندوة حول هجوم شارلي إبدو في فرنسا. |
| .17 | 28أبريل 2015 | جمهورية صرب البوسنة | فتح متشدد النار على مركز للشرطة في بلدة زفورنيك الواقعة في ما يسمى جمهورية صرب البوسنة | --------- |
| .18 | 13نوفمبر 2015 | فرنسا | مجزرة باريس | متشددين من أصول مغربية. |
| .19 | 10فبراير 2016 | أوكرانيا | انفجار عبوة ناسفة أسفل شاحنة في دونيتسيك، معقل المتمردين في أوكرانيا. | ________ |
| .20 | 22مارس 2016 | بلجيكا | سلسلة تفجيرات شملت مطار العاصمة البلجيكية بروكسل، ومحطة مترو ماليبك في المدينة | ووقعت بعد يوم من إلقاء القبض على صلاح عبد السلام، المشتبه به الرئيسي في هجمات باريس التي وقعت في نوفمبر/تشرين الثاني 2015. |
| .21 | 14يوليو 2016 | فرنسا | دهس متشدد من أصل تونسي يستقل شاحنة حشودا كانت تحتفل باليوم الوطني في مدينة نيس الفرنسية. | أعلن تنظيم الدولة الإسلامية مسؤوليته عن الحادث. |
| .22 | 19يوليو 2016 | المانيا | هاجم طالب لجوء أفغاني ركاب قطار بفأس قرب مدينة فورتسبورغ الألمانية | أعلن تنظيم الدولة الإسلامية مسؤوليته عن الحادث. |
| .23 | 23 يوليو 2016 | المانيا | إطلاق النار على المتسوقين في مركز تجاري بميونيخ. | مراهق ألماني من أصل إيراني |

| .24 | 24يوليو 2016 | المانيا | قتل امرأة حامل وإصابة اثنين آخرين، في مدينة ريوتلنجن جنوب غربي ألمانيا قرب شتوتغارت | لاجئ سوري |
|---|---|---|---|---|
| .25 | 25يوليو 2016 | المانيا | تفجير قرب مهرجان موسيقي في مدينة أنسباخ بإقليم بافاريا جنوبي ألمانيا. | لاجئ سوري |
| .26 | 26يوليو 2016 | فرنسا | الهجوم على كنيسة قرب مدينة نورماندي الفرنسية وذبح كاهنها. | متشددان |
| .27 | 19ديسمبر 2016 | المانيا | دهست شاحنة يقودها متشدد حشدا من الناس في سوق بالعاصمة الألمانية برلين | منفذ الهجوم، ويُدعى أنيس العامري. |
| .28 | الأول من يناير 2017 | إيطاليا | انفجرت قنبلة بدائية الصنع وسط مدينة فلورنسا | |
| .29 | 3فبراير 2017 | فرنسا | هجوم على حرس متحف اللوفر بباريس | شاب مصري الجنسية |
| .30 | 22مارس 2017 | بريطانيا | عمليات دهس وطعن قرب مبنى البرلمان في لندن. | تبنى تنظيم الدولة الإسلامية الهجوم |
| .31 | 8أبريل 2017 | السويد | عملية دهس قرب مركز تجاري في العاصمة السويدية ستوكهولم | الجاني من أوزباكستان |
| .32 | 22مايو 2017 | بريطانيا | هجوم في مدينة مانشستر | المُفجِّر سلمان رمضان عبيدي، البالغ من العمر 22 عاما، في مانشستر لأبوين ليبيين. |
| .33 | 3يونيو 2017 | بريطانيا | دهست حافلة المشاة فوق جسر لندن بريدج | ـــــــــــــــ |
| .34 | 18يونيو 2017 | بريطانيا | دهست شاحنة صغيرة مصلين خارجين من مسجد فينسبري بارك شمالي لندن | ثلاثة شباب بريطانيين |
| .35 | 14يوليو 2017 | فرنسا | قام رجل بقيادة شاحنة بضائع عمدا باتجاه حشد من الناس كانوا يحتفلون بيوم الباستيل | فرنسي من أصل تونسي. |
| .36 | 9أغسطس 2017 | فرنسا | حادث دهس خارج ثكنة عسكرية في ضاحية ليفالوا-بيريه. | ـــــــــــــــ |
| .37 | 17أغسطس 2017 | أسبانيا | دهست شاحنة حشدا من الناس في شارع "لاس رامبلاس" السياحي الشهير في برشلونة. | أعلن تنظيم الدولة الإسلامية مسئوليته عن الحادث |
| .38 | 18فبراير 2018 | روسيا | إطلاق نار بكنيسةفي مدينة كيزليار بجنوب جمهورية داغستانالروسية. | الهجوم نفذه شخصان رجل وزوجته |
| .39 | 29 مايو 2018 | بلجيكا | هجوم قتل جماعي في مدينة لييج ببلجيكا | منفذ العملية يُدعى بنيامين هيرمان وهو مواطن بلجيكي، بعد إجراء التحقيقات اللازمة وُجد أن بنيامين أجرى بعض الاتصالات مع إسلاميين قد يُعتبرون "متطرفين" |

وقد حصرت الدراسة 39 واقعة إرهابية مقسمة كالتالي:

جدول رقم (2)

| و . م . أ | روسيا | فرنسا | بريطانيا | ألمانيا | أسبانيا | السويد | بلغاريا | النرويج | بلجيكا | إيطاليا | صرب البوسنة | أوكرانيا | الدانمارك |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 2 | 3 | 10 | 5 | 6 | 2 | 2 | 1 | 1 | 3 | 1 | 1 | 1 | 1 |

وكانت الملاحظات كالتالي:

1-أن هناك هجومان من أصل ثلاثة ضد روسيا قام بهما مسلحون من الشيشان، وهو اعتراضاً على سياسة روسيا كقوة عظمي ضد الشيشان.

2-أن الهجومالأول ضد الولايات المتحدة الأمريكية -والذي غير خريطة العالم- وهو أحداث سبتمبر كان رد فعل لسياسة الولايات المتحدة الأمريكية بمنطقة الشرق الأوسط، والثاني هجوم قام به مسلحون من الشيشان.

3-الهجمات ضد الولايات المتحدة داخل أراضيها قليلة نسبيا بالمقارنة بالهجمات التي تقع في دول أوروبية مثل فرنسا وألمانيا، لأن معظم المعارضين لها يقومون بمهاجمة سفاراتها أو قواعدها العسكرية المنتشرة في معظم أنحاء العالم، حيث تكون أهدافاً أسهل لهم.

4-فرنسا وبريطانيا وألمانيا هم أكثر الدول الأوروبية تعرضا للهجمات الإرهابية، نتيجة لصعود اليمين المتطرف والمناداة بسياسات متشددة تجاه المهاجرين.

5-الهجمات ضد فرنسا معظمها من متشددين، نتيجة الإساءة إلى الإسلام والنبي صلى الله عليه وسلم.

6- رغم وقوع اعتداءات من مواطني تلك الدول الأوروبية واللذين يحملون جنسياتها، فإن تلك الدول تعلن أن أصولهم من أصول عربية أو إسلامية، محاولة إيجاد مبرر لأفعالهم الإرهابية، ونفي اتهامهم بأنه من الممكن أن يكون مواطني تلك الدول إرهابيون، وهذا نجد مثال له في هجوم مدينة لييج ببلجيكا 2018، وفي أحداث 14 يوليو 2017 بفرنسا، وأحداث 22 مايو 2017 ببريطانيا.

7- تزايد عدد العمليات الإرهابية منذ عام 2015 بوتيرة متصاعدة، مما يعكس عمليات عدم الرضا والإحساس بالقهر وعدم الأمان الفكري.

8- المنظمات الإرهابية التي يتم اتهامها تنتمي في معظمها إلى دول منطقة الشرق الأوسط كتنظيم الدولة الإسلامية، أو ينتمي إلى الدول الإسلامية كتنظيم القاعدة، واللذان ساعدت الولايات المتحدة على خلقهم، أو ينتمي إلى دول كانت مستعمرة ومازالت تعاني الفقر والتهميش مثل جماعة بوكو حرام في أفريقيا.

9-الدول والمناطق التي يتواجد بها تلك الجماعات سجلت أعلى نسبة في عدد العمليات الإرهابية، والجدول التالي يعكس تأثر منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا بالعمليات الإرهابية خلال الفترة من 2002 وحتى 2016م:[1]

جدول رقم ( 3 )

TABLE 2.4 MENA GTI SCORE, RANK AND CHANGE IN SCORE FROM 2002-2016

| COUNTRY | SCORE | GLOBAL RANK | CHANGE IN SCORE |
|---|---|---|---|
| Iraq | 10 | 1 | 6.281 |
| Syria | 8.621 | 4 | 8.611 |
| Yemen | 7.877 | 6 | 4.997 |
| Libya | 7.256 | 10 | 7.256 |
| Egypt | 7.17 | 11 | 6.791 |
| Sudan | 6.453 | 18 | -0.131 |
| Saudi Arabia | 5.808 | 26 | 3.797 |
| Lebanon | 5.638 | 27 | 2.409 |
| Palestine | 5.551 | 30 | -0.513 |
| Israel | 5.062 | 36 | -1.726 |
| Tunisia | 4.619 | 41 | 1.029 |
| Algeria | 3.97 | 49 | -3.218 |
| Kuwait | 3.801 | 50 | 3.455 |
| Jordan | 3.788 | 51 | 1.765 |
| Iran | 3.714 | 53 | 1.411 |
| Bahrain | 3.668 | 55 | 3.668 |
| United Arab Emirates | 0.211 | 115 | 0.211 |
| Qatar | 0.115 | 122 | 0.115 |
| Morocco | 0.077 | 123 | 0.077 |
| Oman | 0 | 134 | 0 |

وفي تقرير عام 2017 ظلت العراق في المراكز الأولى عربياً، تلتها سوريا، اليمن، الصومال، مصر، ليبيا.

**ثانياً: أسباب الارهاب الدولي:**

بمراجعة الأسباب المعلنة للحوادث التي تم ملاحظتهابالجدول رقم (1) يمكننا حصر أسباب الإرهاب الدولي في التالي:

1-تمثلالعوامل السياسية واحدة من أهم أسباب ظاهرة الإرهاب وتزايدها، وتنقسم هذه الأسباب إلى نوعين؛ داخلية وخارجية. وربما كانت الأسباب الخارجية هي وليدة الأسباب الداخلية؛ فالقهر السياسي الداخلي غالباً ما يدفع الأفراد والطوائف المضطهدة التي لا تستطيع التعبير عن آرائها إلى العنف كسبيل للثأر لنفسها.[2]

فيؤكد البعض على أن الإرهاب يأتي نتيجة شعور الجماعة الارهابية بالغبن والظلم، والبحث عن استرجاع حقوقها بطريق القوة المفرطة، مثال: مساندة القوى العظمى للعدو الصهيوني في المنطقة العربية، فبمناسبة صدور قرار الجمعية العامة رقم 2787 بتاريخ 6ديسمبر 1971 بشأن تأكيد شرعية نضال الشعوب في سبيل تقرير المصير والتحرر من الاستعمار والتسلط والاستعباد الأجنبي بما في ذلك شعب فلسطين، وأدان القرار سياسات بعض الدول الأعضاء في منظمة حلف شمال الأطلنطي التي تساهم في خلق قوة عسكرية صناعية في أفريقيا الجنوبية هدفها قمع حركة الشعوب التي تناضل في سبيل تقرير المصير، والتدخل في شؤون الدول الأفريقية المستقلة، وكان نتيجة هذا القرار أن تعرضت الأمم المتحدة للتهديد والإرهاب، حيث أقدمت منظمات صهيونية على ارتكاب أعمال إجرامية ضد عدد من البعثات لدى الأمم المتحدة بينها بعثات عربية، وفي هذا الشأن أصدرت الجمعية العامة قرارها رقم 2819 بتاريخ 15 ديسمبر 1971 بإدانة هذه الأعمال الموجهة ضد البعثات الدائمة لدى الأمم المتحدة. وفي 12ديسمبر 1972 أدانت الجمعية العامة في قرارها رقم 2955 بقوة سياسات الدول أعضاء

1-Global Terrorism Index 2017, Measuring and understanding the impact of terrorism, Institute for Economics and Peace, 2017, p.6.

2- حمدان رمضان محمد، مرجع سابق، ص.278.

حلف الأطلنطي والدول الأخرى التي تساعد البرتغال وأنظمة التمييز العنصري الأخرى في أفريقيا وسواها، الخاصة بكبت مطامح الشعوب إلى حقوق الإنسان والتمتع بها.[1]

2-سلوك الدول العظمى وسعيها في تعزيز نفوذها وسطوتها وهيمنتها على الدول الضعيفة، من خلال زرع الخلايا الإرهابية الضاربة في أمن وسلامة تلك الدول الضعيفة بغرض إجبارها لأن تستغيث بقوة نفس الدول الراعية للإرهاب، مثال دخول الاتحاد السوفيتي لأفغانستان في27ديسمبر1979لمساندة حكومة كارميل ضد الثوار، ومساندة الولايات المتحدة للثوار والقوى المضادة للغزو السوفيتي.[2]

3-قيام الدول الراعية للإرهاب بتحطيم اقتصاديات الدول الصغيرة، من خلال ضرب وخلخلة الأمن فيها، عبر تدريب وتهيئة الخلايا الإرهابية الناشئة أساساً على ثقافة الدم والمتأثرة بالنصوص الدينية المتشددة، فتزداد الدول القوية قوة وانتعاشاً بحاجة الضعيفة لنجدتها.

4-النصوص الدستورية التي ترتكز اليها بعض الحكومات في ممارسة الاقصاء والإبادة بحق جماعة أو طائفة اجتماعية معينة.

5-الإبادة الجماعية سواء أكانت حكومية أو غير حكومية، والقائمة على استئصال جماعة بسبب جنسيتها أو عرقها أو انتمائها الاثني أو دينها.[3]

6-التقدم العلمي والتقني في مجال شبكات الاتصال، الذي مكن أعضاء تلك الخلايا والشبكات الإرهابية من الحصول على معدات وأجهزة فنية متقدمة.

7-التناقضات في موقف بعض دول العالم تجاه ظاهرة الإرهاب.

8-وجود حركات المقاومة للفكر السائد في بعض الدول أو للنظام الحاكم فيها.

9-تفشي ظاهرة الفقر والبطالة في كثير من دول العالم.[4] لقد أدّى انتهاء الحرب الباردة إلى إحلال نظام عالمي جديد أحادي القطبية قوامه اقتصاد السوق، نتجت عنه توترات مختلفة ذات تعبيرات ومضامين جديدة. فتهميش الأفراد والشعوب أصبح يمثل مصدر عدم الاستقرار الرئيسي فيه، كما أصبح إفقار البلدان المظهر الأكثر تهديدا للسلم والأمن الدوليين في عصر أصبح يُعرّف "بالسلام الساخن".[5]

مما أدى إلى خلق مفهوم الأمن الإنساني بعد فترة الحرب الباردة، حيث برزت تحديات جديدة فأصبح تحقيق أمن الإنسان معها يعني ضرورة الوصول إلى تحقيق العدل في العلاقات الإنسانية، ومنه تجاوز المظالم والتحديات النفعية المادية من أجل تحقيق

1- محمد العالم الراجحي، حول نظرية حق الاعتراض في مجلس الأمن الدولي، دار الثقافة الجديدة، القاهرة، 1990، ص.412.
2- د. جمال علي زهران، العلاقات الدولية: النظرية العامة والتطور، مطبعة الرحمة، القاهرة، 2017، ص.283.
3- محمد العربي، الارهاب أنواعه أسبابهُ طرقُ معالجتهِ، مركز الروابط للبحوث والدراسات الاستراتيجية، 3مارس,2015 في المركز الاعلامي، http://rawabetcenter.com/archives/4494
4- أسباب الإرهاب، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، الجزء رقم 97، ص. 254.
5-خالد قدّور، عولمة الاقتصاد... عولمة التهميش، http://siironline.org/alabwab/moghavama_alfaghr/014.html

هدف أسمي وهو الوصول إلى أمن الإنسانية في مواجهة التحديات الخطيرة كالفقر، الأمراض الخطيرة العابرة للحدود، الهجرة والإعمال الإرهابية.[1]

## المبحث الثالث: وسائل تحقيق ودعم الأمن الفكري دوليا.

تعد ظاهرة الإرهاب من أخطر الظواهر التي تواجه المجتمع الدولي اليوم، وتتضح خطورة هذه الظاهرة في عدد ضحايا الإرهاب، وفي الخسائر المادية الناجمة عنه. ولا يقتصر الإرهاب اليوم على أفعال يرتكبها فرد أو مجموعة أفراد بدافع الحصول على منافع مادية أو سياسية، بل أنه يشمل أيضاً الحملات الواسعة التي تشنها الدول لقمع حركات تحررية وطنية، أو لغرض سياسات أو اتجاهات داخلية أو خارجية على دول أخرى، وهكذا يتحول الإرهاب إلى أداة من أدوات تنفيذ السياسة الخارجية، وإلى وسيلة من وسائل التدخل في الشئون الداخلية للدول الأخرى، ولا شك أن هذا يؤدي إلى تأزم العلاقات بينها، مما قد يدفعها في النهاية إلى قطيعة، أو نزاعات مسلحة مدمرة.

فالتطور الذي تشهده البيئة الدوليةمنذ نهاية الحرب الباردة وحتىالآن،جعل من إرهاب الدولة أحد الآليات الأساسية في التعامل الدولي المعاصر، وأصبح الإرهاب أداة فاعلة من أدوات تنفيذ السياسة الخارجية بسبب مجموعة من المتغيرات الدولية، منها ما يتعلق بخصائص المجتمع الدولي المعاصر، ومنها ما يرتبط بالتغيرات التي تشهدها البيئة الدولية، ومنها ما يعود إلى خصائص الإرهاب ذاته كأداة من أدوات العمل السياسي، على اعتبار أن الإرهاب إحدى الأدوات الفاعلة في العمل السياسي الراهن وخصوصاً إزاء بعض بلدان العالم الثالث.[2]كما يرجع البعض الإرهاب لأسباب نفسية، أو أيديولوجية، أو استراتيجية، فالإرهاب ربما يكون نتيجة طبيعية لفشل السياسات، فعندما يفشل الأفراد في جذب اهتمام الحكوماتقد يلجئوا إلى استخدام العنف.[3]

ولتحقيق الأمن الفكري ومنع الإرهاب الدولي يجب تفعيل عدة مبادئ دولية هامة، هي موجودة بالفعل في ميثاق الأمم المتحدة، والاتفاقيات الدولية، ولكنها تحتاج إلى تفعيل، واحترام من جانب الدول.

فقد نصت المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لحقوق الإنسان على: "يولد جميع الناس أحراراً ومتساوين في الكرامة والحقوق. وهم قد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعاملوا بعضهم بعضا بروح الإخاء".

كما أوضحت في المادتين الثانية والثالثة أن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أي نوع، ولاسيما التمييز بسبب العنصر، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين، أو الرأي سياسيا وغير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي، أو الثروة، أو المولد، أو أي وضع آخر، وفضلا عن ذلك لا يجوز التمييز علي أساس الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي للبلد أو الإقليم الذي ينتمي إليه الشخص، سواء أكان مستقلا أو موضوعا تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أم خاضعا لأي قيد آخر علي سيادته، ولكل فرد حق في الحياة والحرية وفى الأمان على شخصه.كما أكدتعلىأن العلاقة بين الفرد والجماعة قائمة علي واجبات متبادلة بين الطرفين، حيث نصت المادة 29على:[4]

1-الامن الإنساني، 2008.
http://samiranasri.blogspot.com/2008/09/blog-post_27.html

2- حمدان رمضان محمد، مرجع سابق، ص268.

3- Teaching Guide *on* International Terrorism: Definitions, Causes, and Responses, Education Program, https://www.usip.org/sites/default/files/terrorism.pdf

4- United Nations, Universal Declaration of Human Rights, 1948, https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/

أ- علي كل فرد واجبات إزاء الجماعة التي فيها وحدها يمكن أن تنمو شخصيته النمو الحر الكامل.

ب- لا يخضع أي فرد في ممارسة حقوقه وحرياته إلا للقيود التي يقررها القانون مستهدفاً منها، حصراً، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق الآخرين واحترامها، والوفاء العادل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي.

ومن المادة السابقة يتضح أن القيود القانونية إلي يضعها القانون في مجال الحقوق والحريات لابد وأن تقوم علي أساس استهداف تحكيم الفضيلة وتعميمها في المجتمع، وعلي أساس تحقيق المصلحة العامة المشروعة، ومنها حالة النظام العام الذي يساعد الأفراد علي ممارسة حقوقهم وحرياتهم. ولا يجوز أن تكون تلك القيود نابعة من رغبة تسلطية أو استبدادية تهدف إلي تمتع واستئثار شخص معين أو فئة أو جماعة معينة بحقوق وحريات دون بقية أفراد المجتمع وطبقاته، ومتى كانت تلك القيود منطلقة عن أهداف تسلطية أو استبدادية فإن هذا مما يتناقض ومقتضيات الفضيلة، ويشجع علي شيوع الرذيلة في الواقع الاجتماعي.

وجاءت المادة الثلاثون من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لتؤكد أنه ليس في هذا الإعلان أي نص يجوز تأويله علي نحو يفيد انطواءه علي تخويل أية دولة أو جماعة أو فرد أي حق في القيام بأي نشاط أو بأي فعل يهدف إلي هدم أي من الحقوق والحريات المنصوص عليها فيه. وتستهدف هذه المادة تأمين الحقوق التي يحميها الإعلان، وذلك عن طريق تأمين حرية الحركة للمؤسسات الحقوقية في المجتمع، للدفاع عن حقوقه، وصيانة كرامته، حيث أن نطاق وأهداف هذه المادة هو العمل علي ألا تحدد الحقوق إلا بالقدر الذي يكون فيه التحديد فيه ضرورة، وحتى لا يترتب علي ذلك إلغاء هذه الحقوق. وأغلب المواثيق والصكوك الدولية والاتفاقيات الإقليمية المتعلقة بحقوق الإنسان أكدت عدم تخويلها أو إجازتها لأية دولة تقوم بتغيير هذه الحقوق أو هدمها، فقد نص العهدان الدوليان الخاصان بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وكذلك بالحقوق المدنية والسياسية في المادة الخامسة على أن:[1] " ليس في هذا العهد أي حكم يجوز تأويله علي نحو يفيد انطواءه علي أي حق لأية دولة أو جماعة أو شخص بمباشرة أي نشاط أو القيام بأي فعل يهدف إلي إهدار أي من الحقوق أو الحريات المعترف بها في هذا العهد أو إلي فرض قيود عليها أوسع من تلك المنصوص عليها فيه.

" فحق تقرير المصير" لا ينبغي أن ينال من مبدأ أساسي آخر وهو " مبدأ السلامة الإقليمية للدولة"، وقد تم التأكيد علي هذا المبدأ بوضوح في القرار رقم 2625(الدورة 26) الذي أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1970، والمسمي بإعلان مبادئ القانون الدولي[1] المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول وفقاً لميثاق الأمم المتحدة، حيث أشار القرار إلي: "لا يجوز أن يتم تأويل شيء مما ورد في الفقرات السابقة –وهي فقرات تناولت حق الشعوب في تقرير مصيرها- علي أنه لا يجيز أي عمل أو يشجع علي أي عمل من شأنه أن يمزق أو يخل جزئياً أو كلياً بالسلامة الإقليمية والوحدة السياسية للدولة المستقلة ذات السيادة، والتي تلتزم في تصرفاتها بمبدأ تساوي الشعوب في الحقوق، وحقها في تقرير مصيرها بنفسها الموضح أعلاه، والتي لها من ثم حكومة تمثل شعب الإقليم كله دون تمييز بسبب العنصر أو العقيدة

1- United Nations, International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx

أو اللون.بصفة خاصة الدول العظمى التي لديها القدرة على إنفاذ إرادتها وممارسة سلطاتها على دول صغرى، فلا يعطي حق لدولة للاعتداء على حدود دولة أخرى مهما كانت الدوافع والمبررات.ويمكن تلخيصتلك المبادئ فيما يلي:

1-تحقيق مبدأ المساواة في السيادة:

2-المساواة في الحقوق والحريات: فالإنسان أياً كان موطنه، وأياً كان مكان إقامته، أو عقيدته، أو جنسه، فإنه يجب أن تكون المعاملة على أساس مبدأ المساواة بين المواطنين.

3-الغاء حق الفيتو الذي يعطل العديد من قرارات مجلس الأمن، الذي يعتبر أحد أدوات الولايات المتحدة لقهر العديد من الدول الصغرى.

وأكد على نفس المبادئ السابقة د. سامي الخازندار في تناوله لأهم عناصر المنع الوقائي للصراعات وهي:[2]

أ-بناء منظومة قيمية أخلاقية للنظام الدولي أو المجتمعي وهي منظومة يجب أن تقوم علي أساس احترام الثقافات والأديان والتعددية المجتمعية، بالإضافة إلى مشاركة مكونات المجتمع الدولي في إدارة وصنع القرار الدولي على أساس من المساواة، والعدالة، واحترام كرامة الإنسان، واحترام سيادة الدول أو المجتمعات.

ب-الديمقراطية والشورى واحترام حقوق الإنسان، حيث أن ممارسة الشورى والديمقراطية تعزز من ثقافة الحوار والمشاركة في صنع القرار، والتمثيل السياسي لجميع الأطراف، وحق تقرير المصير، والتداول السلمي للسلطة، والإصلاح السياسي، والتغيير السلمي، ونبذ العنف في المجتمع.

ج-تحقيق التنمية والتعاون، سواء على المستوى المحلي أو الإقليمي أو الدولي، مما يشكل عنصراً محورياً للمنع الوقائي للصراعات، من خلال تحقيق التنمية الشاملة، بما تحتويه من تنمية اقتصادية تشمل القضاء على الفقر والبطالة، وعدالة توزيع الثروة، وغيرها، بالإضافة إلى تحقيق التعاون الإقليمي والدولي في مجال التنمية، بما يحققه من مساعدات اقتصادية وتنموية، وتبادل تجاري، وتشجيع الاستثمار المشترك، والتفاهم على إدارة الموارد المشتركة. كما أن عملية التنمية الاقتصادية تشكل داعماً أساسياً للحياة الديمقراطية، وتخلق بيئة محاربة أو محاصرة لجذور الصراع ومنابته، وتخلق علاقات وثقافة إيجابية تجاه الآخر.

د-تحقيق العدالة. يمكن القول أن الأمن الفكري لكل مجتمع يهدف إلى الحفاظ على هويته إذ أن في حياة كل مجتمع ثوابت تمثل القاعدة التي تبنى عليها وتعد الرابط الذي يربط بين أفراده وتحدد سلوك أفراده وتكيف ردود أفعالهم تجاه الأحداث، وتجعل للمجتمع استقلاله وتميزه، وتضمن بقاؤه في الأمم الأخرىوهو يهدف فيما يهدف أيضا إلى حماية العقول من الغزو الفكري، والانحراف الثقافي، والتطرف الديني، بل الأمن الفكري يتعدى ذلك كله ليكون من الضروريات الأمنية لحماية المكتسبات والوقوف بحزم ضد كل ما يؤدي إلى الإخلال بالأمن الوطني.[3]لذا نحتاج لتطوير منظومة التعليم لدعم ثقافة السلام والتسامح وقبول الآخر كما نحتاج لتدعيم مفهوم الأمن الإنساني بصفة عامة حتي نستطيع تحقيق الأمن الفكري، وجوهر الأمن الإنساني هو التخلص من كافة ما يهدد أمن الأفراد السياسي والاقتصادي والاجتماعي من خلال التركيز على الإصلاح المؤسسي وذلك بإصلاح المؤسسات الأمنية القائمة، وإنشاء مؤسسات أمنية جديدة على المستويات المحلية، والإقليمية، والعالمية، مع البحث عن سبل تنفيذ ما هو قائم من تعهدات دولية تهدف إلى

1- United Nations, Declaration on principles of international law,1970,
https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf

2- سامي إبراهيم الخازندار، المنع الوقائي للصراعات الأهلية والدولية، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد 32، خريف 2011، ص.ص. 26- 44، ص 33.

3- دور المدرسة والمعلمين في تعزيز الأمن الفكري لدى الطلاب،
http://www.drmosad.com/index307.htm+&cd=4&hl=ar&ct=clnk&gl=eg

تحقيق أمن الأفراد، وهو ما لا يمكن تحقيقه بمعزل عن أمن الدول.(1) كما يجب العمل على خلق ديناميكية تدمج الإنسان في الأولويات التنموية والسياسية بدلاً من التركيز على استقرار النظام السياسي وبيئته. حيث أكد كوفي عنان الأمين العام السابق للأمم المتحدة في تقريره للأمم المتحدة عام 2000 والمعنون بـــ "نحن البشر" أعطى توصيفاً للأمن الإنساني بأنهيتضمن أمن الإنسان بأوسع معانيه مما هو أكثر بمراحل من انعدام الصراعات العنيفة؛ فهو يشمل حقوق الإنسان، الحكم الرشيد، وإمكانية الحصول على التعليم، وعلى الرعاية الصحية، وكفالة إتاحة الفرص والخيارات لكل فرد لتحقيق إمكاناته، وكل خطوة في هذا الاتجاه هي أيضا خطوة نحو الحد من الفقر، وتحقيق النمو الاقتصادي، ومنع الصراعات، والتحرر من الفاقة، وحرية الأجيال المقبلة في أن ترث بيئة طبيعية صحية، هي اللبنات المترابطة التي يتكون منها أمن الإنسان وبالتالي الأمن القومي.(2) إذاً هناك مكونان أساسيان للأمن البشري: التحرر من الخوف والتحرر من الحاجة.(3) ففي البلدان المتقدمة، يشغل التحرر من الخوف حيزاً كبيراً من تفكير الناس هناك، فهم يشعرون أن ما يهدد أمنهم هو خطر الجريمة، وحرب المخدرات، وانتشار نقص المناعة المكتسبة، وتدني مستوى التربة، وارتفاع مستويات التلوث. أما في البلدان الفقيرة، فيحتاج الناس إلى التحرر من التهديد الذي يمثله الجوع، والمرض، والفقر، وعدم وجود المأوى. وأكثر المشاكل موجودة في البلدان النامية حيث يعيش أكثر من ثلث السكان تحت خط الفقر، ويعيش أكثر من بليون إنسان من سكان العالم على دخل يومي يقل عن دولا ر واحد. وهنا يأتي دور المنظمات الإقليمية التي عليها دور في مواجهة تلك التحديات القديمة والمستجدة.

وأكد تقرير التنمية البشرية لعام 2013 على ما جاء في تقرير عام 1994 بأنه يجب أن يتحول مفهوم الأمن من التركيز على الحماية العسكرية لحدود الدولة إلى الحد من عدم الأمان في الحياة اليومية للناس أو تعزيز الأمن البشري. لأن في كل مجتمع تؤدي مجموعة من الأخطار إلى تقويض الأمن البشري، وتشمل الجوع والمرض، والجريمة، والبطالة، انتهاكات حقوق الإنسان، والتحديات البيئية. ولكن تختلف هذه الأخطار من بلد إلى آخر في العالم، ولكن ما زال الأمن البشري مطلباً عالمياً للتحرر من العوز والخوف، والذي من أحد أسبابه انعدام الأمن الاقتصادي والذي ينعكس في عجز الملايين عن تأمين مستوى معيشي لائق، وقد يضطرون للهجرة.(4)

---

1-خديجة عرفة، مفهوم وقضايا الأمن الإنساني وتحديات الإصلاح في القرن الحادي والعشرين، http://politics-ar.com/ar2/?p=3057

2-محمد المهدي شنين، الأحد، تحولات مفهوم الأمن الإنساني،2011، http://bohothe.blogspot.com/2011/07/blog-post_8892.html

3- نضال عبود، مفهوم الأمن الإنساني، الحوار المتمدن، العدد 1576، 2006، http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=67007

4- تقرير التنمية البشرية 2013، نهضة الجنوب: تقدم بشري في عالم متنوع، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، ص41.

**الخاتمة :**

إن الأمن الفكري بما يعنيه من الحفاظ على المكونات الثقافية الأصيلة في مواجهة التيارات الثقافية الوافدة، أو الأجنبية المشبوهة، واطمئنان الناس على مكونات أصالتهم وثقافتهم النوعية ومنظومتهم الفكرية.

فإن إحساس الشعوب بعدم وجود أمن لثقافتهم ولمنظومتهم الفكرية، عن طريق اعتداء قوى خارجية على تلك الثقافة، فإنه يقود إلى الشعور بالإرهاب، والذي يخلق رد فعل من جانب تلك الدول عن طريق بعض الأفراد أو منظمات تابعة لتلك الدول برد فعل إرهابي.

فالإرهاب الدولي وهو ظاهرة تاريخية، استخدمته الدول الاستعمارية للسيطرة على الدول المستَعمَرَةِ، مما أفرز رد فعل ضد تلك الدول، كما أصبح في العصر الحديث أحد أدوات السياسة الخارجية للدول تستخدمه إما لتغيير أوضاع قائمة، أو لإقرار حالة راهنة.

وفي إطار صراع القوى العظمى ضد بعضها البعض، عملت تلك القوى على دعم بعض الإرهابيين أو خلق منظمات إرهابية تستخدمها في صراعها ضد القوى الأخرى، وبعد انتهاء الصراع بين تلك القوى العظمى أصبحت تلك القوى الإرهابية مصدراً لإرهاب الدول التي ساعدت على خلقها.

كما أن ممارسات تلك القوى العظمى بمحاولة فرض ثقافتها، خلقت ردود فعل مناوئة لتدخلها أو لمحاولات فرض سيطرتها على الدول أو الشعوب، مما زاد من العمليات الإرهابية ضد تلك الدول احتجاجا على محاولات الهيمنة أو فرض ثقافتها على الآخر.

ولذا يصبح لزاما للقضاء على الإرهاب أن نقضي على نزعات الدول العظمى للسيطرة على الآخر، فالدولة العظمى التي تستخدم الإرهاب لتحقيق أهدافها يجب أن تعلم أن رد الفعل عليها سيكون بالإرهاب التي تدعمه، ويجب أن تُحتَرَم السيادة لكل دولة سواء كبيرة أو صغيرة، كما يجب أن يتم دعم مبادئ المساواة واحترام ثقافات الآخر، واحترام حقوق الإنسان كاملة، ودمج المواطنين في عمليات التنمية، وتوفير الأمن الإنساني لهم.

# قائمة المراجع


**المراجع العربية:**

**أولاً: التقارير:**

تقرير التنمية البشرية 2013، نهضة الجنوب: تقدم بشري في عالم متنوع، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، 2014.

**ثانياً: الكتب:**

1) د. أحمد أمين عامر، مواجهة الأزمات الإرهابية، مدخل إلى إدارة الدولة، مطبعة الأوفست الحديثة، القاهرة، 2002.

2) إريك موريس، آلان هو، الإرهاب: التهديد والرد عليه، ترجمة: أحمد حمدي محمود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2001.

3) السيد يسين، تحولات الأمم والمستقبل العالمي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2010.

4) د. جمال علي زهران، النظام الدولي بين الاستمرارية والتغيير: دراسة في مشكلات معاصرة، مطبعة الأوفست الحديثة، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002.

5ــــــــ/ ــــ العلاقات الدولية: النظرية العامة والتطور، مطبعة الرحمة، القاهرة، 2017 ،

5) د. جهاد عودة، الصراع الدولي: مفاهيم وقضايا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2006.

6) د. حسين شريف، الإرهاب الدولي وانعكاساته على الشرق الأوسط خلال أربعين قرناً، الجزء الأول، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ، 1997.

7) ــــــــــــــ/ ــــــالإرهاب الدولي وانعكاساته على الشرق الأوسط خلال أربعين قرناً، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ، 1997.

8) د. دعاء محمد عبد النظير حماد، نظرية التطور بين البيولوجيا والأيديولوجيا (رؤية فلسفية معاصرة)، دار كلمة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2011.

9) محمد العالم الراجحي، حول نظرية حق الاعتراض في مجلس الأمن الدولي، دار الثقافة الجديدة، القاهرة، 1990.

**ثالثاً: الدوريات والبحوث:**

1) أحمد علي سالم، القوة والثقافة وعالم ما بعد الحرب الباردة: هل باتت المدرسة الواقعية في العلاقات الدولية شيئا من الماضي؟، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، عدد 32، خريف 2011، ص.ص. 119- 136

2) د. جميل حزام يميل حزام يحيي الفقيه، مفهوم الإرهاب في القانون الدولي العام، الدائرة القانونية والإدارية بمركز الدراسات والبحوث اليمني صنعاء، مجلة دراسات يمنية، العدد 93، إبريل - يونيو 2009،ص.ص 1-76.

3) د. خالد بن نايف الهباس، التنافس الدولي وأثره على العالم العربي، مجلة شؤون عربية، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، عدد 153، ربيع 2013، ص.ص. 176- 196.
4) خضر عباس عطوان، سياسة روسيا والاستقرار في النظام الدولي، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، عدد 20، خريف 2008، ص.ص. 47-64.
5) سامي إبراهيم الخزندار، المنع الوقائي للصراعات الأهلية والدولية، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، العدد 32، خريف 2011، ص.ص. 26- 44.
6) سيد أبو زيد عمر، الصراعات الطائفية: العراق وحكم الطائفية، مجلة شؤون عربية، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، عدد 153، ربيع 2013، ص.ص. 88- 96.
7) ماجد كيالي، الصراعات الطائفية: مصادرها وأبعادها ومصائرها، مجلة شؤون عربية، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، عدد 153، ربيع 2013، ص.ص. 68- 78.
8) محمد شقشوق، العولمة الثقافية المفهوم والتجليات، المجلة العربية للعلوم السياسية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، عدد 32، خريف 2011، ص.ص. 131- 144.

**رابعاً: الرسائل العلمية:**

1- بكيل بن محمد البراشي، " دور الأمن الفكري في الوقاية من الإرهاب: دراسة تطبيقية في الجمهورية اليمنية"، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011.
2- د. شريفة فااضل بلاط، أنماط العلاقة بين الدول الكبرى والدول الصغرى مع التطبيق على نموذج أزمة لوكيربى، رسالة ماجستير، كلية التجارة، جامعة بورسعيد، 2003.
3- محمد حميد دغجوقة، ظاهرة الإرهاب الدولي وانعكاساتها على الأمن الوطني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2015.

**خامساً: المواقع الالكترونية:**

1-البلدان الخمسة الأكثر تأثرا بالإرهاب، نوفمبر 2014،
http://www.sasapost.com/index-terrorism-states-increase-iraq-syria-victims/+&cd=9&hl=ar&ct=clnk&gl=eg&client=firefox-b
2- بن عائشة محمد الأمين، جدلية القوة في العلاقات الدولية، بتاريخ 4 مارس 2015،
http://www.politics-dz.com/threads/gdli-alqu-fi-alylaqat-alduli.232/
3- تاكايوكي ياماورا. مفهوم الأمن في نظرية العلاقات الدولية: ترجمة: عادل زقاغ،
http://bohothe.blogspot.com.eg/2010/03/blog-post_26.html
4- د. عدنان ابراهيم، صراع الحضارات،

http://mawdoo3.com/تعريف_صراع_الحضارات

5- حمدان رمضان محمد، الإرهاب الدولي وتداعياتهعلى الأمن والسلم العالمي، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد١١، العدد 1.

http://www.iasj.net/iasj%3Ffunc%3Dfulltext%26aId%3D25567+&cd=1&hl=ar&ct=clnk&gl=eg

6- متعب بن شديد بن محمد، إستراتيجية تعزيز الأمن الفكري، بحث مقدم للمؤتمر الوطني الأول للأمن الفكري "المفاهيم والتحديات"،فيالفترة من ٢٢-٢٥جماد الأول،١٤٣٠هــ، كرسي الأمير نايف بن عبد العزيز لدراسات الأمن الفكري بجامعة الملك سعود،

http://faculty.mu.edu.sa/download.php?fid=9932

7-محمد العربي، الارهاب أنواعه أسبابهُ طرقُ معالجتهِ، مركز الروابط للبحوث والدراسات الاستراتيجية، 3 مارس,2015 في المركز الاعلامي،

http://rawabetcenter.com/archives/4494

8- معجم المعاني الجامع:

http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D8%AE%D9%84%D9%84/

9-محمد مروان، مفهوم حوار الحضارات، ديسمبر 2014،

http://mawdoo3.com/تعريف_حوار_الحضارات

10-ناصر العليمي، الإرهاب الفكري،

http://www.alanba.com.kw/kottab/nasser-alalimi/340003/17-11-2012-%25D8%25A7%25D9%2584%25D8%25A7%25D8%25B1%25D9%2587%25D8%25A7%25D8%25A8-%25D8%25A7%25D9%2584%25D9%2581%25D9%2583%25D8%25B1%25D9%258A/+&cd=2&hl=ar&ct=clnk&gl=eg

11- ياسمين عدنان أبو سالم، الفرق بين الحضارة والثقافة،

http://mawdoo3.com/الفرق_بين_الحضارة_والثقافة

12-http://www.assakina.com/news/news1/94584.html

## English references:

A: Reports:

1-Global Terrorism Index 2016, Measuring and understanding the impact of terrorism, Institute for Economics and Peace, 2016.

2-Global Terrorism Index 2017, Measuring and understanding the impact of terrorism, Institute for Economics and Peace, 2017.

B: E. sides:

1-International terrorism,

http://www.thefreedictionary.com/international+terrorism

2-Teaching Guide *on* International Terrorism: Definitions, Causes, and Responses, Education Program,

https://www.usip.org/sites/default/files/terrorism.pdf

3-United Nations, Universal Declaration of Human Rights, 1948,

https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/.

4-United Nations, International Covenant on Civil and Political Rights, 1966,

https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx.

**5-**1- United Nations, Declaration on principles of international law,1970,

https://www.un.org/ruleoflaw/files/3dda1f104.pdf

# سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم– الإسقاط أنموذجا –

# The Authority of the Administration in the Termination of the –Contract - the Contractor Projection as a model

د. مجدوب عبد الحليم

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد / تلمسان/ الجزائر

**الملخص:**

تعتبر سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم أو ما يطلق عليه بالفسخ الجزائي عادة إحدى أبرز مظاهر السلطة العامة التي تمتلكها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وأخطرها، لما يترتب عنها من وضع حد نهائي وفاصل في تنفيذ العقد الإداري، والتي تستطيع الإدارة ممارستها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء- باستثناء جزاء الإسقاط والذي يتطلب توقيعه استصدار حكم قضائي (كما سنتطرق إليه في هاته الدراسة)-، أو حتى مع عدم وجود نص في العقد يجيز لها ذلك، بعد أن أصبحت جميع الجزاءات التي تملكها لا تجدي نفعا في تقويم اعوجاج المتعاقد معها، وأساس ذلك كله ومرده هو فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد، وتحقيق المصلحة العامة.

**الكلمات المفتاحية :** الفسخ الجزائي، الجزاءات، المصلحة العامة، المرفق العام، العقود الإدارية، الإسقاط

**Abstract :**

Serious penal code considers the power of the administration to the termination of the contract the Contractor administrative error, or the so-called dissolution is usually one of the most penal code We are adding public authority possessed by the administration in the face of the most contracted, the implications of putting a final break in the implementation of the contract administrative management has in facing the contractor and the most serious. This entails the final termination and separation of the administrative contract. The need to resort to the judiciary - except for the penalty of the projection, which requires the signing of a judicial ruling (as touched by this study) -,or even with the absence of a contract provision that allows them to do so, now that all sanctions owned by useless in deviance, and the basis for all that probably using is the idea of securing the functioning of the General Assembly regularly growing, and the public interest.

**Keywords:** Annulment Penal , Code Sanctions , avantage publics , public interest , Administrative Act , Projection .

**مقدمة :**

تبرم الإدارة في سبيل تنفيذ المهمات المنوط بها العديد من العقود الإدارية مع الأفراد قصد الوفاء بمتطلبات سير المرافق العامة وإشباع حاجيات الجماهير المتزايدة، ولقد كان من نتاج هذه الأخيرة منح الإدارة العديد من الامتيازات التي تكفل لها ذلك والتي من جملتها سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها المقصر في أداء التزاماته العقدية، سواء كان ذلك بامتناعه عن التنفيذ أو بتأخره عن تنفيذ العقد في مواعيده المحددة، أو تنازله عن العقد دون أخذ موافقة من جهة الإدارة.

كل ذلك يستوجب من جهة الإدارة توقيع جزاءات تتناسب طبيعتها مع نوع وحجم التقصير الذي قد يقع فيه المتعاقد، كتوقيع غرامات تأخير عليه أو سحب العمل منه وغيرهما.

غير أن هاته الجزاءات التي ذكرناها قد لا تجدي نفعا في بعض الأحيان في تقويم اعوجاج المتعاقد، بما يدفع الإدارة إلى استخدام أبرز الجزاءات التي تمتلكها في مواجهة تقصير المتعاقد معها وأشدها خطورة ألا وهو إنهاء العقد الإداري أو ما يعرف بالفسخ الجزائي للعقد الإداري والذي يعتبر إجراءا موازيا لخطأ المتعاقد الجسيم .

ولما كان عقد الامتياز من أشهر العقود الإدارية التي تبرمها جهة الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، وبالنظر لحجم التكاليف والخسائر التي قد يتكبدها الملتزم أثناء توقيع الإدارة لهذا النوع من الجزاءات والتي تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، والاضطراب الذي قد يترتب عنه، فإن ذلك جعل من سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي لعقد الامتياز الإداري تأخذ طابعا مغايرا عما هو سار عليه العمل في العقود الإدارية الأخرى كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد الإداري، وهو ما يطلق عليه بالإسقاط.

فماذا يقصد بالفسخ الجزائي؟ وما موقف كل من الفقه والقضاء والتشريع من استخدام الإدارة له ؟ وما هي أهم الشروط الواجب توافرها حتى يتسنى للإدارة تطبيقه ؟ وإذا كان جزاء الإسقاط كما أشرنا إليه أعلاه يعد من أبرز الصور التي يمكن أن يتخذها هذا الأخير – الفسخ الجزائي للعقد الإداري- فما المقصود منه؟ وما هي أبرز الواجب توافرها حتى يتسنى لجهة الإدارة توقيعه هو الآخر؟

إجابة عن هاته التساؤلات، ارتأينا تقسيم دراستنا هاته إلى مطلبين نعالج فيهما المفهوم القانوني للفسخ الجزائي للعقد الإداري (**المطلب الأول**) وكذا أهم الشروط الواجب توافرها و أبرز الصور التي يمكن أن تتخذها هاته السلطة ( **المطلب الثاني**).

## المطلب الأول : مفهوم الفسخ الجزائي للعقد الإداري

سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نتطرق فيهما إلى كل من التعريف القانوني للفسخ الجزائي للعقد الإداري (**الفرع الأول** ) وكذا موقف كل من الفقه والتشريع والقضاء منه ( **الفرع الثاني** ) .

## الفرع الأول : تعريف الفسخ الجزائي للعقد الإداري

يعرف الفسخ الجزائي للعقد الإداري أو ما يطلق عليه بالإنهاء الجزائي عادة على أنه : ذلك الجزاء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة المتعاقدة توقيعه على المتعاقد معها الذي قصر في تنفيذ التزاماته العقدية حيث يترتب على ذلك استبعاد المتعاقد معها نهائيا من تنفيذ العمل موضوع العقد [1].

كما يعرفه البعض الأخر على أنه :" إنهاء العقد الإداري بصفة قاطعة وانقضاء الروابط العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها بصفة نهائية، وبالتالي استبعاد المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية موضوع العقد المبرم مع الإدارة نتيجة للأخطاء الجسيمة المرتكبة من هذا المتعاقد في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد "[2]

وعرف كذلك على أنه:" ذلك الجزاء المتشدد الذي توقعه الإدارة على المتعاقد معها، الذي أخل بالتزاماته التعاقدية بشكل جسيم، والذي يترتب عنه استبعاد المتعاقد بشكل نهائي من تنفيذ التزاماته التعاقدية"[3].

وبالرغم من كثرة التعريفات التي جاءت بهذا الشأن، إلا أن ما يمكن أن يلحظ عنها أنها جاءت قاصرة في مضمونها، إذ أنها لم تبين الصفة أو الخاصية الأساسية التي يمتاز بها الإنهاء الجزائي في مجال تنفيذ العقد الإداري ألا وهي قدرة الإدارة على إنهاءه دون حاجة منها إلى اللجوء إلى القضاء وذلك بناءا على سلطتها التقديرية [4]، خلافا لما يجري عليه العمل في عقود القانون الخاص، والتي تتطلب تدخل القضاء للفصل في ذلك.

لذا يمكننا إعطاء تعريف الفسخ الجزائي للعقد الإداري بالقول على أنه :" ذلك الجزاء الشديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة توقيعه على المتعاقد معها باستبعاده نهائيا من تنفيذ التزاماته التعاقدية نتيجة لارتكابه خطأ جسيما، وذلك بناءا على سلطتها التقديرية، ودون حاجة منها إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم قضائي يجيز لها ذلك ".

وعليه إذا كان يعتبر الفسخ الجزائي للعقد الإداري من أشد الجزاءات العقدية جسامة والتي بإمكان الإدارة توقيعها على المتعاقد معها حتى مع عدم وجود نص يخولها هذا الحق، **فما هو موقف كل من الفقه والقضاء والتشريع من ذلك؟**

## الفرع الثاني: موقف الفقه والتشريع و القضاء من سلطة الإدارة في ممارسة سلطة الفسخ الجزائي للعقد الإداري

تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية اختلافا أساسيا، مرده وجوب إخضاع مصلحة المتعاقد الخاصة لمقتضيات المصلحة العامة[5]، لذا فإنه من المبادئ المسلم بها في العقود الإدارية أن للإدارة الحق في فسخ عقودها الإدارية إذا ما أخل المتعاقد معها

---

[1]- حمد محمد حمد الشلماني، **امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2007 ، ص 207.

[2]- هند أحمد موسى أبو مراد، **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ( دراسة مقارنة** ) رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق ، الجامعة الأردنية ، 1999، ص 40 .

[3]- علي بن شعبان، **أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري**، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011-2012، ص 127 .

[4]- باستثناء عقد الامتياز والذي يتطلب إسقاطه لجوء الإدارة إلى القضاء نظرا للتكاليف الضخمة التي يسير بها المرفق المدار عن طريق الالتزام والخسائر الفادحة التي يمكن أن يتكبدها الملتزم جراء ذلك .

[5]- أحمد عثمان عياد ، **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية**، رسالة مقدمة من أجل الحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 1973 ، ص 194 ( غير منشورة ).

بالتزاماته التعاقدية إخلالا جسيما يستوجب منها هذه العقوبة القاسية، أو إذا وجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم اعوجاجه[1]، و لا خلاف حول ذلك إذا ما وجد نص صريح بالعقد يجيز للإدارة ممارستها لهذا الحق، لكن الأمر يدق إذا لم يرد بالعقد نص يخولها ذلك.

حتى يتسنى لنا الإجابة على هذا السؤال، لابد لنا من استعراض جميع الآراء والمواقف **الفقهية** التي قيلت بشأن سلطة الإنهاء الجزائي للعقد الإداري من مؤيدة ومعارضة، ومن ثمة التطرق إلى استعراض بعض **الأحكام القضائية والتشريعات المقارنة** التي جاءت بخصوصها من خلال الآتي:

**أولا: موقف الفقه من ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي للعقد الإداري**

لقد بات من الأمور المسلم بها في مجال العقود الإدارية أن الإدارة تسعى من وراء إبرامها لهذه الأخيرة لهدف واحد ألا وهو تحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجيات الجماهير المتزايدة، ووفقا لسيطرة هذه الأخيرة – فكرة المصلحة العامة – على العقد الإداري فإن الغالبية العظمى من الفقه تقر لجهة الإدارة بممارسة هذه السلطة وتؤيدها حتى مع عدم وجود نص صريح بالعقد يقر لها بذلك، إلا أنها قد تعرضت للإنكار من جانب أخر.

وبناءا على ذلك، فقد انقسم الفقه في معالجته لسلطة الإدارة في ممارسة سلطة الفسخ الجزائي كما أشرنا إليه أعلاه إلى قسمين : قسم يؤيد أحقية ممارسة الإدارة لهذه السلطة (**1**) وقسم ينكر ذلك (**2**)

وهو ما سيتم بحثه بشيء من التفصيل على النحو الأتي:

**1/الاتجاه المؤيد**

يجمع غالبية فقهاء القانون الإداري، أن جزاء الفسخ في العقود الإدارية يعتبر من النظام العام، و باستطاعة الإدارة ممارسته حتى مع عدم وجود نص يخول لها ذلك، باعتباره أحد الجزاءات الإدارية التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ التزاماته العقدية .

ومن أبرز الفقهاء المؤيدين لهذا الاتجاه بفرنسا نجد الفقيه **JEZE** والذي يعتبر بحسب رأيه أن الإنهاء الجزائي للعقد الإداري جزء من النظام العام، والذي تستطيع الإدارة ممارسته حتى مع عدم وجود نص قانوني يخول لها ذلك [2].

ويشاطره في ذلك الفقيه **BLUMANN** بقوله أن : سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي هي من النظام العـــام تم تخويلها لصالح جهة الإدارة المتعاقدة بغية ضمان سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد [3].

[1]– سليمان محمد الطماوي ، **الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة )** ، دار الفكر العربــــــــــــي ، مصر،2008 ، ص 522.

[2]– مفتاح خليفة عبد الحميد ، حمد محمد الشلماني ، **إنقضاء العقود الإدارية ( دراسة مقارنة** )، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية،2013 ، ص 157

[3]– السلال جمعة الهويدي ، **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة ( دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية** )، مذكرة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، 1994 ، ص 127 .

أمـــا على صعيد الفقه العربي فيرى جانب من الفقهاء ممثلا في **الدكتور أحمد عثمان عياد** أنه إذا لم يوجد نص في العقد أو دفاتر الشروط فإن حق الإدارة في فسخ العقد الإداري يوجد قائما بذاته باعتباره حقا أصيلا للإدارة مستقلا عن العقد ودفاتر الشروط ، فالإدارة تستطيع إصدار قرار الفسخ إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر ودون حـــاجة للجوء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد [1].

ويضيف **الدكتور خالد خليل الظاهر** بدوره هو الأخر قائلا أنه بإمكان جهة الإدارة توقيع جزاء فسخ العقد الإداري في جميع أنواع العقود الإدارية – باستثناء عقد الامتياز — دون حاجة للنص عليه في العقد ، أو الالتجاء للقضاء[2] .

## 2/ الاتجاه المعارض:

ذهب جانب من الفقه إلى رفض الاعتراف للإدارة بسلطة توقيع الفسخ الجزائي ، في حالة ما لم تتضمن نصوص العقد أو دفاتر الشروط ما يقر لها بذلك ، بالاستناد إلى مبدأ مفاده أنه في حالة عدم النص على صراحة على جزاء الفسخ فإنه يجب على الإدارة وأثناء محاولتها لتوقيعه اللجوء إلى قاضي العقد ليقرر لها ذلك، أسوة بالطرف الأخر وذلك تطبيقا لنص المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي والتي تقرر أنه في العقود الملزمة للجانبين يعتبر طرفا العقد قد اتفقا على شرط يتم بمقتضاه فسخ العقد إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه [3].

وخلاصة يمكننا القول، أنه بالرغم من إنكار جانب من الفقه سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم ( الفسخ الجزائي ) بدون نص نرى أنه بإمكان الإدارة ممارسة هذه السلطة، حتى ولو لم يرد نص صريح عليها في العقد، بما يتماشى والصالح العام، إذ من غير الممكن ترك المتعاقد يقوم بتنفيذ العقد بالرغم من الأخطاء الجسيمة التي يرتكبها، وما يمكن أن تشكله من تهديدات لسير المرفق العام، وتخويل الإدارة لهذه السلطة من قبل المشرع هو ضرورة الحصول على متعاقدين أكفاء وحريصين في أداء التزاماتهم العقدية، وهو الرأي الغالب لدى جمهور فقهاء القانون الإداري والمكرس من قبل كل من التشريع والقضاء الإداري كما سيتم توضيحه.

**ثانيا: موقف القضاء من ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي للعقد الإداري**

عرف الفسخ الجزائي للعقد الإداري تأييدا واسعا من قبل القضاء في مختلف الأحكام القضائية التي صدرت عنه، ومن ذلك ما ذهبت إليه **المحكمة الإدارية العليا بمصر** في قرار لها صادر بتاريخ 2000/11/21 بالقول أنه :"... لجهة الإدارة الحق

[1]– أحمد عثمان عياد ، المرجع السابق ، ص 362 .

– خالد خليل الظاهر ، **القانون الإداري ( دراسة مقارنة )** ، دار المسيرة ، عمان ، د . س . ن . ص 267 . [2]

– مفتاح خليفة عبد الحميد ، حمد محمد حمد الشلماني ، المرجع السابق ، ص 157. [3]

في فسخ العقد ومصادرة التأمين إذا أخطأ المتعاقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء باعتباره امتياز لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام مع حقها بالرجوع على المتعاقد بالتعويض وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية "[1] .

كمـــــا استقر **مجلس الدولة المصري** في مجمل أحكامه على أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بصورها المختلفة ضد متعاقديها والتي من بينها سلطة الفسخ الجزائي للعقود الإدارية، إنما وجدت لصـــــالح الإدارة وبالتالي تستطيع ممارستها حتى ولو لم ينص عليها في العقد [2].

أما بالجزائر، فقد أقر **مجلس الدولة الجزائري** هو الآخر في إحدى القرارات الصادرة عنه بتاريخ 2005/11/19 بخصوص قضية ( م . ن ) ضد رئيس البلدية، أنه :" ...حيث أنه بالنسبة للقرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بجاية في 2003/06/17 المستشهد به من طرف العارض في مذكرته الإضافية المؤرخة في 2010/10/04 ، فإنه يتعلق بفسخ العقد من طرف البلدية نتيجة عدم تسديد مبلغ الإيجار وذلك دون إرسال إنذار بالدفع طبقا للقانون ولا علاقة له بتراع الحال الذي يتعلق بإعفائه من دفع مستحقات الإيجار..." [(3)].

أخيرا وبعد الإطلاع على مختلف الأحكام القضائية التي جاءت مؤيدة لحق الإدارة في ممارسة سلطة الفسخ الجزائي للعقد الإداري، تدخل المشرع بدوره للتأكيد على وجود هذه السلطة من خلال سنه للعديد من القوانين التي جاءت منظمة لها، ليكون ذلك بمثابة تكريس منه لهذه السلطة، وهو ما سيتم توضيحه على النحو الآتي .

**ثالثا : موقف التشريع من ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي للعقد الإداري**

نظرا للخطورة التي يمكن أن يشكلها إنهاء العقد الإداري لخطأ المتعاقد الجسيم " الفسخ الجزائي" فقد تكفل المشرع الجزائري بتنظيمه، وذلك في القسم العاشر من الباب الأول من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 [4]على أنه : " إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذرا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة من جانب واحد ... ".

---

[1] - المرجع السابق ، ص ص 191 – 192 .

[2] - السلال جمعة الهويدي ، المرجع السابق ، ص 124 .

[(3)] - قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2005/11/19 قضية ( م . ن ) ضد رئيس البلدية، أورده : سليماني السعيد، محاضرات في مقياس القانون الإداري ( العقود الإدارية ) للسنة الثانية ل م د ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2012- 2013، ص 29 .

[4] - المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015، ج، ر عدد 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015 .

كما نصت المادة 25 من قانون المناقصات والمزايدات المصري على أنه: " يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروطه "[1].

وعلى ضوء ما سبق، يمكننا أن نجزم القول، أن حق الإدارة في ممارسة سلطة الفسخ الجزائي بإرادتها المنفردة، دون حاجة إلى نص قانوني يبرر لها ذلك بات أمرا مسلمًا به، وهو ما تم تأكيده من قبل كل من الفقه والقضاء والتشريع.

**لذا حق لنا أن نطرح التساؤل التالي: إذا كان للإدارة الحق في ممارسة سلطة الفسخ الجزائي للعقد الإداري حتى مع عدم وجود نص، فهل يعني ذلك أن الإدارة لا تخضع في ممارستها لهذا الحق لأية ضوابط أو شروط معينة ؟**

## المطلب الثاني : شروط وصور ممارسة الإدارة سلطة الفسخ الجزائي للعقد الإداري

سنتطرق في هذا المطلب إلى كل من الشروط التي يجب على الإدارة التقيد بها أثناء ممارستها لسلطة الفسخ الجزائي ( **الفرع الأول**) ومن ثمة التطرق إلى أبرز المظاهر التي يمكن أن تتخذها هذه السلطة ( **الفرع الثاني**) .

### الفرع الأول : شروط ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الجزائي للعقد الإداري

يشترط كل من الفقه والقضاء على جهة الإدارة أثناء ممارستها لسلطة إنهاء العقد الإداري في حالة ما ارتكب المتعاقد معها خطأ جسيما يدفعها لذلك، مجموعة من الشروط التي يتعين على الإدارة الوقوف عندها، أثناء ممارستها لهذه السلطة وذلك ضمانا لعدم تعسفها في استعمالها، كونها ليست بالسلطة المطلقة التي تستطيع الإدارة ممارستها كيفما تشاء، ووقت ما تشاء، إذ لابد من ارتكاب المتعاقد لخطأ في غاية الجسامة يدفعها لذلك (**أولا**) فضلا عن توجيه إعذار إليه قبل توقيع جزاء الفسخ عليه (**ثانيا**).

#### أولا: مخالفة المتعاقد لالتزاماته التعاقدية الخطأ الجسيم

ليست كل مخالفة أو خطأ قد يقع فيه المتعاقد أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية يعد من قبيل الخطأ الجسيم، الذي يستدعي الإدارة إلى استعمال سلطتها في الإنهاء الجزائي للعقد الإداري، وإنما يتوجب على جهة الإدارة وقبل ممارستها لهذه السلطة أن تتأكد من وقوع خطأ من جانب المتعاقد معها يكون على قدر كبير من الخطورة والجسامة، التي قد تعرض المرفق العام للخطر حتى يكون مبررا تستند إليه الإدارة، ويعرف **الخطأ الجسيم** على أنه :" كل إخلال صادر من المتعاقد بالتزام تعاقدي أو قانوني جوهري"[2]، ما يمكننا القول عنه بأنه من الأفعال المبررة لممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حالة خطأ المتعاقد معها،أو ما يعرف بالفسخ الجزائي، تلك الأفعال التي تكون على قدر كبير من الجسامة تفوق تلك الأخطاء

---

[1]– لمزيد من التفاصيل يراجع كل من المادة 24 و 26 من قانون المناقصات والمزايدات المصري الصادر بتاريخ :1998/05/08،ج،ر عدد 19 مكرر، الصادرة في 1998/05/08.

[2]–االسلال جمعة الهويدي، المرجع السابق، ص 142.

المتطلبة لتوقيع الجزاءات الضاغطة، والتي تجعل استمرار الرابطة التعاقدية بين المتعاقد والإدارة والمتعاقد معها في هذه الحالة أمرا مستحيلا، ومن جملة الأخطاء التي تدخل ضمن مفهوم الخطأ الجسيم في كل من فرنسا ومصر والجزائر، والتي يمكن لنا ذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر، ما يلي:

– عدم مباشرة المقاول للأشغال المتفق على إنجازها ضمن المواعيد والآجال المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن كل من مهندس الدائرة والمهندس المعماري [1].

– ترك مقاول الأشغال العامة مواقع العمل وإيقاف تنفيذ الأشغال محل العقد [2].

– تنازل المتعاقد عن عقده إلى الغير بدون أخذ ترخيص مسبق من جهة الإدارة صاحبة العمل، وهو ما أعتبره مجلس الدولة الفرنسي خطأ جسيما يبرر للإدارة توقيع الفسخ الجزائي للعقد .

– نكول الملتزم عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومخالفته لشروط العقد [3].

– رفض مقاول الأشغال العامة تنفيذ الأوامر المصلحية والتغييرات المفروضة عليه من قبل المهندس المختص، وعدم الالتزام بها[4].

– استعمـــال المتعاقد الغش والتدليس والتلاعب في تعامله مع الإدارة،أو ثبوت شروعه بنفسه أو بواسطة غيره في رشوة أحد موظفي الحكومة أو مستخدميها أو عمالها أو التواطؤ معه،إضرارا بجهة الإدارة [5].

– التعاقد من الباطن دون أخذ موافقة من جهة الإدارة، والتي من المفروض ألا تحجب بدون سبب معقول، وحتى وإن تم أخذ هذه الموافقة من جهة الإدارة إلا أن ذلك لا يعفي المقاول من أية مسؤولية أو التزام بموجب المقاولة، ليبقى بذلك المقاول مسئولا عن أي خطأ أو تقصير ناجم عن المقاول الفرعي أو وكلائه أو مستخدميه أو عماله[6].

– صدور حكم جنائي بالإدانة على مدير الشركة المتعاقدة بالإضافة إلى تخلف الملتزم عن دفع مبالغ التأمين النهائي خلال المواعيد المقررة لذلك[7].

– حالة وفاة المقاول أو إفلاسه وكذا تعرضه للتسوية القضائية[8] .

---

[1]– المادة 01/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، القرار المؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق لـــ 21 نوفمبر سنة 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ،ج، ر عدد 06 الصادرة في 19 يناير سنة 1965 .

– مفتاح خليفة عبد الحميد ، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 172. [2]

– نصري منصور النابلسي، **العقود الإدارية (دراسة مقارنة)** ، ط 1، منشورات زين الحقوقية، لبنان ، 2010، ص 283 . [3]

– المادة 05/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة . [4]

– المادة 11/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة. [5]

[6]– يونس إسماعيل حسن كه ردي، **أحكام الفسخ في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)** ،الطبعة الأولى ،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015 ، ص 168.

[7]– حذيفة عادل عبد الكريم، **إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة ( دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي )**، رسالة ماجستير، قسم القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ،2015، ص 55.

– المادة 37 من دفتر الشروط الإدارية العامة . [8]

– عدم احترام الملتزم للتعريفات والرسوم المحددة من قبل مانح الالتزام بالحسابات التفصيلية لعملياته[1] .

**ثانيا : إعذار المتعاقد بالإنهاء**

نظرا لجسامة جزاء الفسخ باعتباره أقصى الجزاءات أثرا على المتعاقد مع الإدارة، وما يترتب عليه من إنهاء للرابطة التعاقدية بين طرفي العقد، فإن العديد من التشريعات العالمية تفرض على جهة الإدارة المتعاقدة قبل إقدامها على ذلك، توجيه إخطارات للمتعاقد معها بخصوص المخالفات التي وقع فيها، وإمهاله مدة زمنية معينة لإصلاح ما تم الوقوع فيه من أخطاء، إلا في حالة إذا نص العقد على إعفاء الإدارة من هذا الإجراء[2].

وفي هذا الشأن نصت المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على أنه :" إذا لم ينفذ المتعاقد في أجل محدد ، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، ويمكنها كذلك بفسخ جزئي للصفقة".

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ،عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة،حتى بدون خطأ المتعاقد معها كما أشرنا إليه آنفا [3].

ولقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي هي الأخرى بخصوص سلطة الإنهاء الجزائي للعقود الإدارية ،على أن يكون استخدام ومباشرة الإدارة لهذه السلطة مسبوقا بإعذار المتعاقد من جانبها[4]،إلا أن ذلك قد تقع عليه جملة من الاستثناءات يترتب يترتب على وجود إحداها إعفاء الإدارة من إعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاء الفسخ عليه نورد ذكرها في الأتي:

– النص صراحة على إعفاء الإدارة من الإعذار مسبقا .

– تعمد المتعاقد عدم التنفيذ أو فقده النهائي لقدرة إتمام التنفيذ.

– قيام المتعاقد بأعمال غش أثناء التنفيذ.

– ثبوت عدم جدوى وفائدة الإعذار.

– تنازل المتعاقد عن العقد للغير.

– حالات الضرورة و الاستعجال[1].

---

[1] – نصري منصور النابلسي ، المرجع السابق ، ص 285.

[2] – أو كان الفسخ مواليا لإجراء من إجراءات الضغط المؤقتة ،وكان هذا الإجراء قد سبقه إعذار، لمزيد من التفاصيل أنظر: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 364.

[3] – أنظر نص المادة 150 من المرسوم الرئاسي رقم 15/ 247 المشار إليه سابقا .

[4] – حذيفة عادل عبد الكريم، المرجع السابق، ص 58.

أما بالنسبة **للمشرع المصري** فإننا نجد وعلى خلاف كل من المشرع الفرنسي و الجزائري، أنه لم يشر صراحة إلى إعذار المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، فبالرغم من أن المادة 84 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات ،والتي سبق وان أشرنا إليها نصت على أنه :"....إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة .....كان للسلطة المختصة الحق في اتخاذ أحد الإجرائين التاليين :

أ- فسخ العقد

ب- سحب العمل من المقاول والتنفيذ على حسابه بذات الشروط والمواصفات المعلن عنها "

إلا أننا نجد أنها لم تجعل الإعذار المسبق أمرا وجوبيا على الإدارة ،عند توقيع جزاء الفسخ، كما أن أحكام القضاء الإداري لا توجب مثل هذا الإجراء على الإدارة[2] .

**الفرع الثاني : إسقاط الامتياز كصورة من صور الفسخ الجزائي للعقد الإداري**

يعد عقد الامتياز أو مايطلق عليه عادة بعقد التزام المرافق العامة **la concession des service publics** من أشهر العقود الإدارية المسماة و أقدمها نشأة وذلك للصلة الوطيدة التي تجمعه بالمرفق العمومي.

هذا ولقد تناول كل من المشرع والقضاء والفقه تعريف هذا العقد، حيث عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 21 من القانون رقم 17/83 على أنه :"عقد من عقود القانون العام، تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام "[3].

كما عرف **مجلس الدولة الجزائري** عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة في قرار صادر عنه بتاريخ 2004/03/09 قضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 بــأنه:" عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد ومتواصل، مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه"[4] .

أما بالنسبة للتعريف الفقهي فيعرفه الفقيه **Videl** على أنه :"عبارة عن إجراء يقوم بموجبه شخص عام يدعى الهيئة المانحة للامتياز بمنح شخص طبيعي أو معنوي يدعى صاحب الامتياز، الحق في تسيير مرفق عام تحت رقابة الهيئة المانحة للامتيازات مقابل إتاوة، والتي يتحصل عليها صاحب الامتياز من مستعملي المرفق العام "[5].

ومما يمكن استخلاصه من التعاريف المذكورة أعلاه يتضح لنا أن عقد الامتياز عقد إداري يتولى فيه أحد أشخاص القانون الخاص بتخويل من شخص عام إدارة وتسيير مرفق عام على حسابه و مسؤوليته مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين.

---

[1] - لمزيد من التفاصيل أنظر: مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 186.

[2] - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 364.

[3] - القانون رقم 17/83 المؤرخ في 05 شوال 1403 الموافق لــ 16 يوليو 1983 يتضمن قانون المياه، ج، ر. ج .ج عدد 30 الصادرة بتاريخ 08 شوال 1403 الموافق لــ 19 يوليو 1983 .

[4] - نقلا عن : بريك الزوبير، **النظام القانوني للامتياز الفلاحي في ظل التعديلات** ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون ، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2015/2014، ص 14.

[5] - BENNADJI chrerif.La Concession de services publics en algerie.ENA .1996 /1997 ,p08.

وبناءا على ما سبق، تستطيع الجهة الإدارية مانحة الامتياز بما لها من سلطة عامة تتمتع بها في هذا النوع من العقود إنهاء عقد امتياز المرفق العام بإرادتها المنفردة حتى قبل نهاية مدته لارتكاب المتعاقد معها خطأ في غاية الجسامة، وتعرف هذه الخطوة بإسقاط الامتياز أو سحب الامتياز[1]، ويعتبر جزاء الإسقاط من أقصى العقوبات التي يمكن أن تتخذها الإدارة في حق الملتزم، وذلك بإقصائه نهائيا من إدارة المرفق العام محل التعاقد[2]،على أن تكون هذه الخطوة في سبيل تحقيق الصالح العام بطبيعة الحال.

وعلى ذلك يعرف الفقه الإنهاء الجزائي لعقد الامتياز(**الإسقاط**) ومن ضمنهم الفقيه **BONNARD** بأنه :" ذلك القرار الانفرادي والتقديري الذي تمتلكه جهة الإدارة والذي من شأنه إنهاء إدارة الالتزام قبل التاريخ المحدد في العقد لانقضائه ، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة "[3].

كما يعرفه الفقيه **بلندو Blondeau** بأنه :" فسخ عقد الالتزام من جانب الإدارة من تلقاء نفسها، ويؤدي إلى إعادة طرح الالتزام في مناقصة عامة على مسؤولية الملتزم، ويؤدي كذلك إلى مصادرة التأمين " [4].

في حين عرفته المحكمة الإدارية العليا بمصر على أنه : " غل يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الالتزام في هذه الحالة بالاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبرا"[5] .

وعليه فالإسقاط هو طريقة من طرق إنهاء عقد الالتزام بصورة مبسترة، وجزاءا توقعه السلطة مانحة الالتزام نتيجة إخلال المتعاقد مع الإدارة إخلالا جسيما في تنفيذ التزاماته.

إذ أنه غالبا ما تنص بنود العقد ودفاتر الشروط ضمن طيات صفحاتها على الإسقاط، كما أنه من المسلم به أن حق الإدارة في فسخ العقد حق أصيل لجهة الإدارة لا يمكنها التنازل عنه، حتى ولو لم ينص عليه في العقد استنادا لسلطتها في تنظيم وتسيير المرافق العامة، إلا أنه من المفضل وهو المعتاد أن يتم إدراج نص في العقد ينظم هذه الحالة نظرا لأهمية موضوع العقد الذي هو تنظيم مرفق عام[6].

ومن الجدير بالذكر، الإشارة إلى هناك بعضا من الفقهاء من يرى تباعدا بين إسقاط الالتزام وبين الفسخ في العقود الإدارية الأخرى ، من ناحية الجهة المختصة بتوقيعه، ذلك أن الفسخ في العقود الإدارية يكون بقرار صادر عن جهة الإدارة وبإرادتها

---

36- نوفان العقيل العجارمة ، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، **دراسات الشريعة والقانون**، الأردن، المجلد 40، ملحق 01 ،2013، ص 106.

2- أكلي نعيمة ، **النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر** ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013، ص152.

3- Bonnard Roger ,précise de droit administratifs ,04 éme édition ,Librairie générale de droit et de jurispendence , Paris,1943.p773 .

4- يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 58 .

5- محمد بن سعيد بن حمد المعمري ، **الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ – دراسة مقارنة** – دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 250 .

6- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 366.

المنفردة أو ما يعرف بامتياز التنفيذ المباشر، في حين يتم توقيع جزاء الإسقاط بعد توجيه طلب إلى قاضي العقد، إلا إذا احتفظت الإدارة لنفسها في العقد بتوقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة مباشرة دون اللجوء إلى القضاء[1].

وبالنظر إلى حجم التكاليف والخسائر التي قد يتكبدها الملتزم أثناء توقيع الإدارة لهذا النوع من الجزاءات والتي تؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، والاضطراب الذي قد يترتب عنه، فإنه تم إحاطته بمجموعة من الشروط، والتي يتوجب على الجهة مانحة الالتزام مراعاتها قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه هي كالتالي:

**أولا : أن يرتكب الملتزم خطأ جسيما**

يتعين على الإدارة وقبل توقيعها لجزاء الإسقاط التحقق من مدى جسامة الخطأ الذي ارتكبه الملتزم أثناء تسييره للمرفق، والتي تعرض هذا الأخير لمخاطر جمة، وفي هذا الصدد أشارت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 03 مارس لسنة 1957 لذلك بقولها :"... وإذا كان سحب الالتزام ... يعتبر جزاءا شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة فإن التجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة، أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء خدماته المطلوبة"[2].

ومن الأخطاء التي تبرر الإنهاء الجزائي لعقد الامتياز في نظر كل من الفقه والقضاء ما يلي :

- وقف استغلال المرفق بما يؤدي إلى عدم انتظام المرفق في تأدية خدماته للجمهور وخاصة إذا كان من المرافق الحيوية كمرفق المياه والغاز والكهرباء .
- التنازل عن إدارة وتسيير المرفق المدار عن طريق الالتزام دون أخذ موافقة من جهة الإدارة.
- مخالفة التنظيمات الفنية والمالية للمرفق المدار عن طريق الالتزام .
- عدم احترام الملتزم للأوامر المصلحية .
- عدم تسديد المستحقات المالية التي تقع على عاتق الملتزم قبل الإدارة [3].

**ثانيا : إعذار الملتزم**

بالرغم من وجود خطإ جسيم من قبل الملتزم يستلزم على جهة الإدارة مانحة الامتياز إنهاء العقد وفسخه (الإسقاط) إلا أن ذلك يبقيها ملزمة بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، ومنحه فرصة أخرى حتى يعلم بنية الإدارة اتجاهه، ليتوخى بذلك توقيع هذا الجزاء ومواجهته[4]، وعليه فإنه غالبا ما تنص وثائق الالتزام على تضمين هذا الشرط ضمن طيات صفحاتها [1].

---

- المرجع نفسه ، ص 366 . [1]
[2]- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1957/03/03، المجموعة س11، ص125، أورده : محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص 253.
- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق ، ص 525 . [3]
- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 222. [4]

ولقد استقرت أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة ووجوب توافر هذا الشرط سواء تم النص عليه صراحة في العقد أم لم ينص، ولا يمكن للإدارة التحرر منه إلا بناءا على شرط صحيح في العقد، أو تبين لها أنه لا ضرورة من إعذار المتعاقد، لعدم وجود فائدة مرجوة منه، كأن يكون الملتزم قد أعلن بنفسه عن عجزه التام في إدارة وتسيير المرفق[2]، كما يمكن للإدارة أن تعفى أيضا من الأعذار في حالات الاستعجال أو الضرورة ، التي تسمح لها بإسقاط عقد الالتزام دون توجيه إعذار إلى الملتزم، كحالة إفلاس هذا الأخير أو تعرضه للتصفية القضائية[3].

كما أكدت أحكام القضاء الإداري بمصر في أحد الأحكام الصادرة عنها على وجوب إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط عليه ،مشترطة توافر شرطين للقيام بذلك :أولا : أن يرتكب الملتزم مخالفات متكررة وجسيمة، أو يفقد المقدرة على تسيير المرفق العام بصورة منتظمة ، ثانيا إعذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء عليه[4] .

وخلاصة لذلك يبقى الإعذار إحدى أهم الضمانات المقررة للملتزم حتى ينتبه إلى الأخطاء التي وقع فيها ويتداركها.

**ثالثا : أن يتم الإسقاط بحكم قضائي**

خلافا للقاعدة المعمول بها، والتي تجيز للإدارة حق توقيع جزاءات على المتعاقد معها بنفسها ودون حاجة للالتجاء إلى القضاء، فإنه يتوجب على الإدارة لإسقاط الامتياز استصدار حكم قضائي يجيز لها ذلك، فالإدارة في فرنسا لا تتمتع بمباشرة امتياز التنفيذ المباشر في هذه الحالة، ذلك أن القاضي وحده هو من يحكم بإسقاط الالتزام ماعدا الحالات التي تم النص عليها صراحة في العقد، والتي تعطي الحق للإدارة بتوقيع جزاء الإسقاط بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء[5]، وفي هذه الحالة يكون من حق القاضي أن يحكم بإلغاء قرار الفسخ (الإسقاط) الصادر من الإدارة دون تبرير، أو بطريقة غير مشروعة، والحكم بالتعويض عنه إذا ترتب على القرار أضرار[6].

إلا أننا نجد الأمر مخالفا لما هو عليه الحال بمصر، حيث باستطاعة الإدارة أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة أو ما يعرف بالإسقاط في هذه الحالة، وذلك بقرار صادر عنها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء لاستصدار حكم بإنهاء العقد[7].

وهو ما علق عليه الدكتور **أحمد عثمان عياد** بقوله أن:" قرار الإسقاط شأنه شأن الفسخ تطبق بصدده كافة القواعد المتعلقة بقرار الفسخ، ومن ثمة فإن إسقاط الالتزام لا يستوجب منه على الإدارة إعذار المتعاقد، كما لا يستلزم استصدار حكم قضائي

---

[1]- محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 525 ، يونس إسماعيل حسن كه ردي، المرجع السابق، ص 62 .

- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 367. [2]

- حذيفة عادل عبد الكريم منصور، المرجع السابق، ص 104. [3]

- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 223. [4]

- أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 368. [5]

- محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 526. [6]

[2]- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 227

[3]- أحمد عثمان عيادذ، المرجع السابق، ص 368.

لذلك، بل يصدر- شأنه شأن الفسخ في العقود الإدارية الأخرى- بقرار إنفرادي من الجهة مانحة الالتزام،وذلك إعمالا لسلطتها في التنفيذ المباشر"[1].

## الخاتمة :

لا نروم في نهاية المطاف إلى التكرار والإعادة لما تضمنه موضوع بحثنا هذا، وإنما نحاول أن نركز في هذه الخاتمة على بعض النتائج التي توصلنا إليها لما يعتريه موضوع الفسخ الجزائي في العقود الإدارية من أهمية بالغة، والتي سنحاول سردها على النحو الأتي :

- باستطاعة جهة الإدارة فسخ العقد الإداري كنتيجة لخطأ المتعاقد الجسيم، دون حاجة منها إلى اللجوء للقضاء- باستثناء عقد الامتياز – أو إلى نص بالعقد يجيز لها ذلك.
- على الرغم من تمتع الإدارة من سلطة تمكنها من فسخ العقد إراديا لوقوع خطأ جسيم من المتعاقد، إلا أن استعمالها مرهون بجملة من الشروط التي يتوجب عليها الوقوف عندها .
- تعتبر سلطة الفسخ الجزائي التي تتمتع بها جهة الإدارة إحدى أبرز تطبيقات القواعد العامة التي يخضع لها نظام العقود الإدارية، والتي تقتضيها المصلحة العامة، ونظام سير المرافق العامة.
- يعتبر الإسقاط إحدى أخطر وأبرز المظاهر والتطبيقات التي يمكن أن تتخذها سلطة الإدارة في ممارسة الإنهاء الجزائي .

## قائمة المراجع :

### قائمة المراجع باللغة العربية :


**01**- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2007.

**02** – خالد خليل الظاهر، القانون الإداري ( دراسة مقارنة ) ، دار المسيرة ، عمان ، د . س . ن .

**03**- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة ) دار الفكر العربي ، مصر،2008.

**04**- محمد بن سعيد بن حمد المعمري ، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ – دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2001.

**05**- مفتاح خليفة عبد الحميد،حمد محمد الشلماني ، انقضاء العقود الإدارية- دراسة مقارنة- دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية،2013.

**06**- نصري منصور النابلسي ، العقود الإدارية - دراسة مقارنة- الطبعة الأولى ،منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.

**07**- يونس إسماعيل حسن كه ردي،أحكام الفسخ في العقود الإدارية - دراسة مقارنة-،الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2015.

**قائمة المراجع باللغة الأجنبية :**

**01** - Bonnard Roger ,précise de droit administratifs ,04 éme édition ,Librairie générale de droit et de jurispendence , Paris,1943.

**02**- BENNADJI chrerif.La Concession de services publics en algerie.ENA .1996 /1997.

**ثانيا الأطروحات والرسائل :**

**أ/ الأطروحات:**

01- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة مقدمة من أجل الحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة ، 1973.

02- علي بن شعبان، **أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري**، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2011-2012 .

**ب/ الرسائل:**

**01**- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013.

**02**- بريك الزوبير، النظام القانوني للإمتياز الفلاحي في ظل التعديلات ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2015.

**03**- حذيفة عادل عبد الكريم، إنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة، دراسة مقارنة بين التشريع الأردني والعراقي ، رسالة ماجستير، قسم القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ،2015 .

04- السلال جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة ( دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية )، مذكرة ماجيستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 1994 .

05- هند أحمد موسى أبو مراد ، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ( دراسة مقارنة ) رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، 1999.

**ثالثا: /النصوص القانونية:**

**أ:الوطنية :**

01- المرسوم الرئاسي 15-247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 2015/09/16، الجريدة الرسمية عدد50 لسنة 2015،مؤرخة بتاريخ 2015/09/20.

02- المرسوم التنفيذي رقم 94 / 322 المؤرخ في 13 أكتوبر 1994 المتعلق بمنح إمتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الإستثمار، ج . ر رقم 67 ، الصادرة في 14 جمادى الاولى 1415 .

03- القانون رقم 17/83 المؤرخ في 05 شوال 1403 الموافق لــ 16 يوليو 1983 يتضم قانون المياه، ج، ر. ج .ج عدد 30 الصادرة بتاريخ 08 شوال 1403 الموافق لــ 19 يوليو 1983 .

04- القرار المؤرخ في 16 رجب عام 1384 الموافق لــ 21 نوفمبر سنة 1964 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و النقل ،ج، ر عدد 06 الصادرة في 19 يناير سنة 1965 .

05- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصرية الصادر بتاريخ :1998/05/08،ج،ر عدد 19 مكرر، الصادرة في 1998/05/08.

**رابعا: المقالات :**

01- نوفان العقيل العجارمة ، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني ، مجلة دراسات الشريعة والقانون ، المجلد 40، ملحق 01، 2013.

**خامسا : المحاضرات :**

01 - سليماني السعيد، محاضرات في مقياس القانون الإداري ( العقود الإدارية ) للسنة الثانية ل م د ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2012- 2013،

# دور هيئات الضمان الاجتماعي في تحقيق التنمية الاجتماعية على ضوء التشريع الجزائري

# The role of social security bodies in achieving social development in the light of Algerian legislation

**بن صالح عادل**

**ط.د / جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم – الجزائر**

**الملخص:**

تعتبر التنمية الاجتماعية فكرة عالمية تسعى كل الدول إلى تحقيقها نظرا لما يترتب عنها من الاستقرار بمختلف أبعاده خاصة البعد الاجتماعي منه، وهذا بالنظر إلى تلك الحماية الاجتماعية التي تتحقق في ظل هذه التنمية من مساواة اجتماعية، القضاء على كل أشكال التمييز داخل المجتمع، القضاء على الفقر وغيرها من الأمور الأخرى التي تعنى بها الحياة الاجتماعية للبشرية.

ولقد حاولنا من خلال هذه الدراسة بيان مدى مساهمة قانون الضمان الاجتماعي الجزائري في تحقيق التنمية الاجتماعية كنظام تبنته الجزائر على غرار باقي الدول محاولة بذلك النهوض والتكفل بمختلف الشرائح الاجتماعية إلى جانب تلك المشاكل الاجتماعية سوءا المهنية منها من بطالة وتقاعد و تلك الأمراض والحوادث المهنية وغيرها أو حتى العامة منها كالولادة والوفاة ..الخ

**الكلمات المفتاحية**: تنمية، تنمية اجتماعية، المخاطر الاجتماعية، الضمان الاجتماعي،الحماية...

**Abstract :**

Social development is a universal idea that all countries seek to achieve because of its stability in its various dimensions. This is in view of the social protection achived under this development of social equality, the elimination of all forms of discrimination within society, the eradication of poverty and other things that mean the social life mankind.

We have tried through this study to show the extent to which the social security law contributes to social development as a system adopted by Algeria along the lines of other countries, in order to promote and ensure the various social problems, both occupational and unemployment, retirement and various diseases and occupational accidents and other or even general ones such as birth and death…etc.

**Key words:** development, social development, social risks, social Security, Protection ...

## مقدمة

تعتبر التنمية الاجتماعية من بين احد المسائل التي حضت باهتمام بالغ سواء على الصعيد الدولي أو الوطني وهي مسعى له كل دولة أين تعمل جاهدة على تحقيقها، وتعرف التنمية الاجتماعية على أنها ذلك التطور الذي تعرفه البشرية في علاقاتهم المشتركة أو ما يطلق عليه بالتوافق في العلاقات الاجتماعية ولقد وضعت معايير اعتبر أن التنمية الاجتماعية تستند إليها وهي الحجم بمعنى الكثافة السكانية، عنصر الكفاية أي القدرة على تحقيق ذلك التوازن والتوافق بين عدد السكان ومتطلباته بالإضافة إلى الحرية والمشاركة[1]، كما تم ربط هذا المفهوم بشرطين أساسين لتحققت التنمية أين تم التركيز على الشرط الأول المتمثل بالعمل على إزالة كل المعيقات والصعوبات الذاتية التي من الممكن أن تختلج ذاتية الفرد وهذا بخلق روح الإرادة فيه في التقدم والنمو وهذا بتشجيعه على ذلك وتوفير كل الإمكانيات والظروف الملائمة له والتي تسمح له بذلك، أما بالشرط الثاني هو تجسيد وتحقيق تلك المؤسسات التي من شانها تحقيق التنمية الاجتماعية والتي تختلف طبعا من مؤسسة إلى أخرى وان كان أن الهدف المرجو منها هو واحد فكل منها تكمل الأخرى.

والجزائر كغيرها من دول العالم تسعى جاهدة لتحقق تنمية اجتماعية تضمن حماية لمختلف الأفراد بالمجتمع ومن بين السبل التي انتهجتها على غرار الغير من اجل تحقيق هذا المراد نجد مؤسسات الضمان الاجتماعي التي تعد آلية فعالة وتلعب دور كبير في ما يعرف بالتنمية الاجتماعية من خلال التكفل بمختلف الفئات الاجتماعية ومن مختلف المخاطر الاجتماعية منها ما تتعلق بممارسة المهنة، وأخرى إنسانية عامة، ولقد كان أول تشريع في هذا المجال بالجزائر سنة 1949 بصدور المقرر رقم 49-45 ، المطبق للقرار الصادر في 10-06-1949، المتضمن إحداث أول نظام للتأمينات الاجتماعية في الجزائر إبان الاحتلال الفرنسي، إضافة إلى المقرر رقم 49-61 الصادر سنة 1949 المتضمن إصلاح صندوق التعاون للعمالات والبلديات بالجزائر، والذي تم تحويله إلى مؤسسة عمومية خاصة ليستمر العمل وفق هذه القوانين والمقررات الموروثة عن المستعمر الفرنسي حتى بعد الاستقلال، إلا ما كان منها مخالفا للسيادة الوطنية[2] ليتم بعدها إنشاء الصناديق المكلفة بالضمان الاجتماعي والتي اعتمدت في توزيعها وتنظيمها في بداية الأمر على قطاعات النشاط، ثم إعادة هيكلتها بإنشاء ثلاثة صناديق جهوية للتأمينات الاجتماعية على مستوى كل من الجزائر( CASORAL )، قسنطينة ( CASOREC ) ووهران ( CASORAN[3] ) والتي تسهر على تقديم الخدمات في مجال التأمينات الاجتماعية إلى غاية سنة 1983 و صدور القانون رقم 11/83[4] والذي بموجبه تم توحيد نظام التأمينات الاجتماعية، وعلى الرغم من ذلك الخلاف الذي أثير بخصوص تعريف هذا النظام[5] إذ هناك من يرى انه هدف وهذا من خلال تلك الغاية التي يسعى إلى تحقيقها في حين هناك من يرى انه جملة من الإجراءات الواجب إتباعها لتحقيق الحماية واثر هذا ظهر فريق ثالث حاول التوفيق بين الرأيين والأخذ بهما

[1] إسماعيل حسن عبد الباري، أبعاد التنمية، مطبعة الكيلاني، سنة، 1987، ص. 88.

[2] القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد العمل بالتشريعات الفرنسية الا ما كان منها متعارض مع السيادة الوطنية، الجريدة الرسمية الصادرة سنة 1963 العدد 02.

[3] -hanouz mourad et khadir Mohamed, précis de sécurité sociale, O.P.U édition 1996, p 11-15.

[4] القانون رقم 83-11 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة في 05 جويلية 1983، العدد، 28، ص. 1792.

[5] عادل عبد الحميد عز، التامين الصحي في الجمهورية اللبنانية، سنة، 1995، جامعة بيروت العربية، ص. 02.

معا على أساس أن الهدف والغاية إنما يتحقق بموجب السير والعمل بإجراءات معينة ليبقى الهدف الرئيسي من تبني هذا النظام هو توفير حماية اجتماعية من مختلف المخاطر الاجتماعية التي تتعرض لها البشرية[1].

وعليه وانطلاقا من هنا نطرح الإشكال القانوني التالي:

ما مدى مساهمة هيئات الضمان الاجتماعي في تحقيق التنمية الاجتماعية ؟

**فرضية البحث:** يعد عنصر الحماية الاجتماعية من بين الركائز والاهتمامات الدولية والوطنية نظرا لما ترتبه من ايجابيات متعددة على الحياة البشرية بالأخص تلك الاجتماعية منها، وفي ظل تفاقم مختلف المشاكل الاجتماعية عمد المشرع الجزائري إلى النص على جملة من النصوص لتنظيم كيفية التكفل بتلك الفئات الإنسانية من جهة ومن هذه المشاكل التي تواجهها من جهة أخرى.

**اهداف الدراسة:** كان الهدف من هذه الدراسة بيان دور هيئات الضمان الاجتماعي في تحقيق الحماية الاجتماعية كنقطة من بين النقاط التي تجسد فكرة التنمية الاجتماعية ولق سلطنا الضوء على مختلف تلك النصوص القانونية الفاعلة بهذا المجال.

**مناهج الدراسة:** عمدنا في هذه الورقة البحثية الى الاستعانة بالمنهج الوصفي من خلال الوصف والتعريف بالموضوع الى جانب المنهج التحليلي لتحليل مختلف المواد القانونية المتصلة بالموضوع.

وعليه للإجابة على هذا الإشكال القانوني سيتم التعرض له وفق مبحثين رئيسيين أين سنخص الأول لبيان تلك الحماية الاجتماعية لقانون الضمان الاجتماعي من حيث الأشخاص، في حين سنتناول بالمبحث الموالي مختلف المخاطر الاجتماعية العامة والمهنية التي يتكفل بها هذا النظام.

## المبحث الأول: الحماية الاجتماعية التي يوفرها قانون الضمان الاجتماعي من حيث الأشخاص

يعمل قانون الضمان الاجتماعي على توفير نوع من الحماية الاجتماعية لمختلف لشرائح البشرية الذين تتوافر فيهم طبعا شروط معينة تسمح لهم بالاستفادة من تلك الخدمات التي يوفرها هذا النظام وهي من بين الأهداف السامية التي تسعى التنمية الاجتماعية إلى تفعيلها وفي إطار هذا المبحث سنحاول بيان دور هيئات الضمان الاجتماعي في تحقيق التنمية الاجتماعية من خلال الحماية التي يوفرها للأفراد.

### المطلب الأول: توفير الحماية الاجتماعية لفئة الأجراء ومن في حكمهم

تعتبر المساواة الاجتماعية فكرة لا طالما نددت بها مختلف الشعوب بالعالم وقانون الضمان الاجتماعي حاول جاهدا بسط حماية اجتماعية ممتدة إلى عدة أشخاص منها فئة العمال الأجراء إلى جانب الذين بحكمهم وهو ما سنراه من خلال هذا المطلب.

[1] مبارك حجر، الضمان الاجتماعي، دراسة مقارنة، مكتبة الانجلومصرية، القاهرة، سنة، 1965، ص. 14.

**الفرع الأول: الحماية الاجتماعية لفة العمال الأجراء**

تنص أحكام القانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية[1] على انه يحض بالاستفادة من أحكام هذا القانون كل العمال أي، العمال الأجراء أو الذين بحكمهم وعليه وبالنسبة للعمال الأجراء فيمكن إيجازهم فيما يلي:

**1- فئة العمال الخاضعين لقانون العمل والأعوان العاملين بالخارج:** تعتبر أحكام القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[2] كل الأشخاص الذين يؤدون نشاط يدوي أو فكري مقابل اجر معلوم لدى شخص معين طبيعي أو معنوي يدعى بالمستخدم[3] هذا من جهة، كما نجد من جهة أخرى انه أيضا من بين المستفيدين من الحماية الاجتماعية التي يقررها قانون الضمان الاجتماعي الأعوان العاملين بالخارج وهذا بموجب نصوص المرسوم 85-244 المحدد للشروط اللازمة للتكفل بخدمات الضمان الاجتماعي المستحقة للمؤمن لهم اجتماعيا الذين يعملون أو يتكونون بالخارج[4] بالإضافة إلى تأكيد ذلك في نص القانون 15- 05 المعدل والمتمم للقانون83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية السابق الذكر[5] والذي يضمن لهم الحق بالاستفادة من خدمات الضمان الاجتماعي للبلد الذي تم تعيينهم فيه من تأمينات على المرض، الأمومة، حوادث العمل... وفقا لما هو معمول به بكل من التشريع والتنظيم.

**2- فئة العمال الأجانب القاطنين والعاملين بالجزائر:** تستفيد هذه الفئة هي الأخرى من مختلف خدمات الضمان الاجتماعي أين تلزم أحكامه كل الفاعلين والناشطين فوق التراب الوطني وبغض النظر عن الجنسية التي يحملونها وبغض النظر أيضا عن صفة المستخدم الذين يعملون لحسابه إن كان فردا أو جماعة ومهما كانت طبيعة العمل سوء بعقد محدد المدة أو غير محدد المدة بان يكونوا منتسبين وجوبا لدى صناديق الضمان الاجتماعي[6] على أن تكون إقامتهم ونشاطهم بالجزائر وفق الطرق القانونية المشروعة[7].

**3- الأشخاص الخاضعون لقانون الوظيفة العمومية:** يعتبر الأشخاص الذين يعملون ويشغلون في قطاع الوظيفة العمومية أيضا من بين الفئات المستفيدة من خدمات الضمان الاجتماعي مهما كان القطاع الذي ينتمون إليه[8] أو حتى أولئك الخاضعين للقانون الأساسي للوظيف العمومي[9].

**4-فئة العسكريين والملحقون بهم والمستخدمون المدنيون:** بدورها شملت الحماية الاجتماعية التي تقررها هيئات الضمان الاجتماعي فئة أخرى من الأفراد وهي فئة العسكريين والملحقون بهم إلى جانب المستخدمون المدنيون[1].

---

[1] المادة 03 من ق. رقم 83-11 المؤرخ في 02 جويلية 1983 السابق الذكر.

[2] القانون رقم 90-11المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 21 افريل 1990 والمعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة في 25 افريل 1990، العدد، 17، ص. 562.

[3] المادة 02 من القانون 90-11 السابق الذكر.

[4] المرسوم رقم 85-244 المؤرخ في 20 أوت 1985 المحدد للشروط اللازمة للتكفل بخدمات الضمان الاجتماعي المستحقة للمؤمن لهم اجتماعيا الذين يعملون أو يتكونون بالخارج،الجريدة الرسمية الصادرة في 21 أوت 1985، العدد، 35، ص. 1254.

[5] المادة 04 من القانون رقم 15-05 المؤرخ في 01 فيفري 2015 والمعدل والمتمم للقانون 83-11، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 فيفري 2015، العدد، 07، ص. 03.

[6] المادة 06 من القانون 83-11 السابق الذكر.

[7] المادة 02 من الأمر رقم 96-17 المؤرخ في 06 جويلية 1996 والمعدل والمتمم للقانون 83-11، الجريدة الرسمية الصادرة في 07 جويلية 1969، العدد، 42، ص. 05، هذه المادة عدلت المادة 15 من القانون 83-11.

[8] المادة 02 من المرسوم رقم 58-33 المؤرخ غي 09 فيفري 1985 المتعلق بالضمان الاجتماعي للأشخاص الغير الأجراء الذين يمارسون عملا مهنيا، الجريدة الرسمية الصادرة في 24 فيفري 1985، العدد، 09، ص. 215.

[9] الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيف العمومي، الجريدة الرسمية الصادرة في 16 جويلية 2006، العدد، 46، ص. 03.

**الفرع الثاني: فئة المشبهين بالأجراء والملحقين بهم**

شمل أيضا قانون الضمان الاجتماعي بحمايته الاجتماعية فئات أخرى من الأفراد والمتمثلة في المشبهين بالأجراء وكذا الغير أجراء.

**1- فئة المشبهين بالأجراء:** لقد حدد المشرع بموجب حكام المرسوم التنفيذي 85-33 قائمة تتضمن أشخاص تم تصنيفهم بموجبه على أنهم مشبهون بالأجراء[2] وعليه يعتبر من هذه الفئة كل من العمال الذين يزاولون عملهم بالمنازل ولو كانوا مالكين لكل الأدوات اللازمة لعملهم أو لجزء منها، المستخدمون لدى الخواص كخدم المنازل والبوابون والسائقون، خادمات وخدم المنازل، المرضات وكذا الأشخاص الذين يحرصون ويرعون عادة أو عرضا في منازلهم أو بمنازل مستخدميهم الأطفال الذين يأتمنهم عليهم أولياؤهم أو الإدارات أو الجمعيات التي يخضعون لمراقبتها، المتمهنون الذين يتلقون أجرا شهريا يساوي نصف الأجر الوطني الأدنى المضمون أو يفوقه، الممثلون والفنانون الناطقون والغير الناطقون بالمسرح والسينما وبالمؤسسات الترفيهية الأخرى والذين يتلقون مكافئات في شكل أجور وتعويضات عن نشاطهم الفني، البحارة والصيادون بالحصة الذين يبحرون مع الصياد الرئيس بالإضافة إلى الصيادون الرؤساء بالحصة المبحرون، وتجدر الإشارة انه وفي نفس الوقت أشارت أحكام هذا المرسوم إلى بعض الأخطار وبعض الحالات كالمرض والأمومة والحوادث المهنية التي اعتبرت فيها ان التامين بخصوصها يقتصر على فئة معينة فقط كحمالو الأمتعة المستخدمون بالمحطات إذا رخص لهم بذلك من طرف المؤسسة المستخدمة حراس مواقف السيارات بالمحطات، حراس السيارات الغير المأجورة والمرخص لهم من طرف المصالح المختصة[3].

**2-فئة الغير الأجراء:** يعد في حكم هؤلاء الأشخاص كل فرد يمارس نشاطا حرا ولحسابه الخاص مهما كانت طبيعته زراعيا، صناعيا، تجاريا أو أي نشاط مماثل آخر وهذا ما أكدته أحكام القانون 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية والسابق الذكر.

## المطلب الثاني: الحماية الاجتماعية لبعض الفئات الأخرى وذوي حقوقهم

أطلق عليهم تسمية الفئات الأخرى طبعا بحكم صفتهم واستنادا إلى بعض الشروط الخاصة التي يفترض أن تكون متوافرة فيهم إلى جانب ذوي حقوقهم وهو ما سيتم التعريج له بهذا المطلب.

**الفرع الأول: الأشخاص الذين هم في حكم الفئات الخاصة**

صنفت بهذا التصنيف مراعاة لبعض الجوانب الخاصة وبعض الصفات والمميزات التي يتمتع بها هؤلاء الأفراد مقارنة بغيرهم والذين يمكن أن نلخصهم في كل من فئة المجاهدون، الأشخاص المصابون بإعاقات بدنية وعقلية والتي يستحيل معها ممارسة أي نشاط مهني، فئة الطلبة، المحرومين، بعض الأصناف الأخرى الخاصة المؤمن لهم اجتماعيا، فئة العاطلين عن العمل والأشخاص الذين ينقطعون عن الخضوع للضمان الاجتماعي.

---

[1] المادة 96 من القانون 83-11 السابق الذكر التي تنص:«تستمد الأحكام المتعلقة بالتأمينات الاجتماعية والخاصة بالعسكريين والملحقين بهم من هذا القانون».

[2] المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 85-33 المؤرخ في 09 فيفري 1985 المحدد لقائمة العمال المشبهين بالأجراء في مجال الضمان الاجتماعي المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة في 24 فيفري 1985، العدد، 09، ص. 210.

[3] المادة 02 من المرسوم التنفيذي 85-33 السابق الذكر.

**1- بالنسبة لفئة المجاهدين:** يعتبر المجاهد كل فد شارك إبان الثورة التحريرية والذي يفترض ان تكون مشاركته فعلية مستمرة وبدون انقطاع لغاية تحقيق الاستقلال وهم على عدة فئات صغار وكبار، نساء ورجال وعلى عدة تصنيفات مثل أعضاء جيش التحرير، أعضاء جبهة التحرير، معطوبي حرب التحرير الذين لا يمارسون أي نشاط مهني وكذا المستفيدون من معاشات بموجب تشريع خاص كل هؤلاء الأشخاص يستفيدون من الحماية الاجتماعية التي تضمنها لهم صناديق الضمان بموجب القانون 99-07[1] وكذا قانون التامين الاجتماعي 83-11.

**2- فئة الأشخاص المصابون بإعاقة بدنية أو عقلية يستحيل معها ممارسة أي نشاط مهني:** يستفيد هؤلاء الأشخاص من تلك التعويضات التي تقدمها مختلف هيئات الضمان بموجب القانون 83-11 إلا أن الأمر هنا يخضع لبعض الشروط أين يتوجب الأمر أن تكون هناك إثبات لحالة الإعاقة بموجب شهادة طبية مشفوعة برأي هيئة الضمان الاجتماعيكما نجد بهذا الصدد القانون المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين والتي تعرفنا على معنى الشخص المعاق[2]، كما تتمتع بميزة أخرى، إذ أن الدولة هي التي تتكفل بدفع الاشتراكات الخاصة بهذه الفئة لدى هيئات الضمان بنسبة 50% كما اقر لها امتياز خاص من خلال أداء تلك الادعاءات العينية المتعلقة بالعلاج والرعاية الصحية، ضمان العلاجات المتخصصة وغير ذلك من التكاليف التي قد تحول بين الوضع الذي يعيشه هذا الفرد ومتطلبات حياته الاجتماعية.

**3- الحماية الاجتماعية لفئة الطلبة:** يعتبر في حكم الطالب كل شخص بصدد مزاولة ومتابعة دراسة أو تكوين معين بمعهد أو مؤسسة معينة أو حتى بمعاهد متخصصة وعليه، يتكفل قانون الضمان الاجتماعي بتوفير حماية اجتماعية لهذه الفئة بموجب نصوص القانون المتعلق بالتأمينات الاجتماعية[3]، وتمتد هذه الحماية أيضا إلى أولئك الذين يزاولون الدراسة أو أي تكوين بالخارج ولذويهم أين تتكفل الدولة بدفع تعويضات لهم بنسب محددة تطبيقا لأحكام المرسوم 58-244[4].

**4- الحماية الاجتماعية لفئة المحرومين وبعض الأصناف الخاصة من المؤمن لهم اجتماعيا:** بالنسبة لفة المحرومين نص عليهم المشرع ضمن أحكام المرسوم 01-12 والذي يحدد لهم شروط الاستفادة من خدمات الضمان الاجتماعي[5]، أما بالنسبة لبعض الأصناف الأخرى الغير مؤمن لهم اجتماعيا فبدوره نص عليها المرسوم 85-34[6] وبالاستناد إلى المادة 05 من القانون 83-11 فهؤلاء الأشخاص هم العمال الذين يزاولون عملهم بالمنازل والأشخاص الذين يعملون عند الخواص، الفنانون والممثلون، البحارة الصيادون العاملون وأصحاب العمل، العمال الذين يعملون بالمحطات وبالسكك الحديدية متى رخصت لهم المؤسسة المسيرة بذلك، حراس المواقف للسيارات الغير مدفوعة الأجر الذين حصلوا على ترخيص من الهيئة المختصة.

[1] المادة 36 و 96 من القانون رقم 99-07 المؤرخ في 05 افريل 1999 المتعلق بالمجاهد والشهيد، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 افريل 1999،العدد، 25، ص. 03.

[2] المادة 02 من القانون رقم 02-09 المؤرخ في 08 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعاقين وبترقيتهم، الجريدة الرسمية الصادرة في 14 ماي 2002، العدد، 34، ص. 06.

[3] المادة 05 من القانون 83-11 السابق الذكر.

[4] المواد 03 إلى 08 من المرسوم رقم 85-244 السابق الذكر.

[5] المرسوم التنفيذي رقم 01-12 المؤرخ في 21 جانفي 2001 المحدد لكيفيات الحصول على العلاج لفائدة المحرومين غير المؤمن لهم اجتماعيا، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 جانفي 2001، العدد، 06، ص. 04.

[6] المادة الأولى من المرسوم رقم 85-34 المعدل والمتمم المؤرخ في 09 فيفري 1985 المحدد لاشتراكات الضمان الاجتماعي لأصناف خاصة الغير من المؤمن لهم اجتماعيا، الجريدة الرسمية الصادرة في 24 فيفري 1985، العدد، 09، ص. 211.

**5- فئة العاطلين عن العمل والأشخاص الذين ينقطعون عن الخضوع للضمان الاجتماعي:** يستفيد أصحاب هذه الصفات من خدمات الضمان الاجتماعي على الرغم من عدم ممارستهم لأي نشاط مهني وهذا بسبب العجز المثبت طبعا قانونا والناتج عن حادث أو مرض مهني بالإضافة إلى الأشخاص المحالون إلى التقاعد أو للتقاعد المسبق[1].

**الفرع الثاني: الحماية الاجتماعية لذوي حقوق المؤمن لهم**

لقد تضمنت أحكام القانون المتعلق بالتأمينات الاجتماعية عند تقريرها لتلك الخدمات التي تقدمها مختلف هيئات الضمان الاجتماعي أيضا ما يعرف بذوي حقوق المؤمن لهم وذلك بنصها انه يستفيد أيضا ذوي حقوق المؤمن لهم اجتماعيا من تلك الحماية الاجتماعية التي قررها القانون خاصة تلك الاداءات العينية المتعلقة بالنفقات الطبية والعلاجية وكذا المرتبطة بخطر الولادة بالنسبة لزوج المؤمن له اجتماعيا دون باقي التأمينات الأخرى من تقاعد وعجز باعتبار أن هذا النوع من التأمينات تقوم على الاعتبار الشخصي أي ينفرد بها المؤمن له اجتماعيا لوحده ولا تمتد إلى ذوي حقوقه[2]، كما عددت وحصرت أحكام هذا القانون أيضا من هم الأشخاص الذين يعدون من ذوي الحقوق للمؤمن له[3] على أنهم كل من زوج المؤمن له الذي لا يمارس أي نشاط مهني مأجور، الأولاد المكفولين البالغين اقل من الثامنة عشر( 18) والبالغون خمسة وعشرين سنة (25) الذين هم بصدد التمهين والذين يمنح لهم اجر لا يقل عن نصف الأجر الوطني المضمون، البالغون لأقل من واحد وعشرين سنة (21) المزاولين لدراستهم، الأولاد المكفولين والحواشي من الدرجة الثالثة والمكفولين من الإناث بدون دخل مهما كان سنهم، الأولاد مهما كان سنهم الذين يتعذر عليهم ممارسة أي نشاط مهني مأجور بسبب

عاهة أو مرض مزمن ولكي يستفيد كل هؤلاء من جل التأمينات التي توفرها هيئات الضمان لابد من توافر جملة من الشروط العامة وأخرى خاصة حتى يحضون بهذه الحماية.

## المبحث الثاني: المخاطر الاجتماعية التي يتكفل بها قانون الضمان الاجتماعي

كثيرا ما يتعرض الفرد إلى حالات جديدة لا يتوقعها تطرأ على حياته والتي قد تؤدي به إلى توقيف مصدر رزقه بشكل كلي او جزئي وأحيانا ترتب له آثار سلبية من الصعب معالجتها نظرا لحالته المادية وكل هذه الأمور تعتبر من بين الأسباب التي تؤدي إلى تفاقم المشاكل الاجتماعية من فقر ومرض وانتشار للأوبئة وغير ذلك، وهنا يبرز الدور الفعال لهيئات الضمان الاجتماعي الذي يضمن ويوفر بذلك مساعدة للإنسان بمثل هذه الحالات كالمرض، الولادة، العجز، الوفاة، البطالة والشيخوخة.

### المطلب الأول: المخاطر الاجتماعية العامة التي يتكفل بها قانون الضمان الاجتماعي

يعتبر كل من المرض والولادة حالات اجتماعية تمر بها البشرية بالحياة اليومية ونتيجة لها كثيرا ما يصبح الفرد قلقا وفي حيرة خوفا من الوقوع بمثل هذه الأمور والتي قد تكون السبب في الزيادة من أعبائه أو أكثر من ذلك خاصة إن أدى هذا إلى توقفه عن عمله

[1] المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 94-236 المؤرخ في 24 أكتوبر 1994 المتضمن تطبيق أحكام المادة 22 من المرسوم التشريعي 94-08 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، الجريدة الرسمية الصادرة في 10 اوت 1994، العدد 51، ص. 9.

[2] المادة 66 من القانون 83-11 السابق الذكر.

[3] المادة 67 من القانون 83-11 السابق الذكر.

الذي هو ساس الحصول على الرزق اليومي فكان بذلك قانون الضمان الاجتماعي الملجأ الوحيد والحل الأمثل لتغطية مختلف المصاريف التي تتطلبها مثل هذه الحالات وتغطية جل المخاطر التي قد تنتج عنها.

### الفرع الأول: التامين على المرض

يعرف المرض على انه تغير وتدهور بحالة الإنسان من حالة عادية إلى غير عادية[1] والمشرع الجزائري بدوره تعرض إلى تعريف المرض ضمن أحكام القانون 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية على انه كل ما من شانه أن يوصف على انه تسمم أو تعفن والاعتلال والتيس يكون سببها هو النشاط الذي يباشره العامل[2] أما القانون 83-11 فمع أن المشرع ضمن هذا القانون قرر حماية لحالات المرض إلا انه لم يعرف فيه معنى المرض ويذهب الفقه إلى تعريف المرض العادي انه كل مرض يكون ليس بسبب له علاقة بظروف العمل[3]، في حين هناك من يرى انه عارض من العوارض الغير المألوفة التي تصيب الشخص فتسبب له مشاكل وتهدد أمنه الصحي والاقتصادي[4]، وبهذا يستفيد الشخص الذي بحالة المرض من ادءات مستحقة منها العينية وأخرى نقدية فبالنسبة للعينية تضمنها كل من القانون83-11 وكذا المرسوم 84-27 المحدد لكيفية تطبيق العنوان الثاني من القانون 83-11 وحتى التي اقرها القضاء في أحكامه والتي تتلخص في تغطية المصاريف الطبية والعلاج ومختلف تلك المصاريف التي ينفقها المريض مقابل الحصول على الخدمات الطبية وسواء زاول العلاج عند طبيب مختص أو عام فالمهم أن تقبل هذه الفحوصات من قبل الطبيب المستشار التابع لهيئات الضمان الاجتماعي، المصاريف الجراحية، مصاريف الاستشفاء، مصاريف التشخيص، الفحوص البيولوجية، المصاريف الصيدلانية، تغطية مصاريف الأجهزة والأعضاء الاصطناعية وإعادة التدريب الوظيفي للأعضاء وإعادة التأهيل المهني، تعويض مصاريف النظارات الطبية، مصاريف علاج الأسنان واستخلافها والجبارة الفكية والوجهية، تعوض مصاريف النقل الصحي أو أية وسيلة نقل أخرى، مصاريف العلاج بالخارج، الاستفادة من بطاقة العلاج المجاني الخاصة بالأمراض المزمنة[5]، أما بخصوص الاداءات النقدية فنص عليها القانون 83-11 والتي هي تعويضات يومية للعميل الأجير الذي يضطر للتوقف مؤقتا عن عمله بسبب المرض[6] علما أن هذه الاداءات النقدية تختلف باختلاف المرض والسبب والعلة التي أصيب بها المؤمن له اجتماعيا والتي يمكن أن نوجزها من حيث العطل المرضية الطويلة والقصيرة المدة.

غير انه وللاستفادة من كل هذه الاداءات المقررة لحالة المرض فان هذا يتطلب جملة من الشروط بحيث يتعين أن يكون المؤمن له منتسب لدى هيئات الضمان الاجتماعي كما يجب أن يكون قد دفع الاشتراكات المستحقة بالإضافة إلى خضوعه للمراقبة الطبية والتي تقوم بها هيئات الضمان الاجتماعيإلى جانب شرط مدة العمل التي قصد بها الحجم الساعي الذي يكون العامل قد عمله قبل تقديم العلاجات المطلوب تعويضها وهي مدة محددة قانونا، هذا فيما يخص الشروط العامة في حين هنالك أيضا شروط

---

[1] Dictionnaire Médicale, 6émé édition, ElsevierMasson 2009, frace, p. 567 : « toute altération de l'étatde santé se traduisant habituellement nt de façon subjective par de sensation anormales

[2] المادة 63 من القانون رقم 83-13 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية الصادرة في 03 جويلية 1983، العدد، 28، ص. 1809.

[3] حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الضمان الاجتماعي، الدار الجامعية، بيروت، سنة، 1992، ص. 212.

[4] حمد حسن البرعي، الوجيز في القانون الاجتماعي، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة، 1992، ص. 26.

[5] السماتي الطيب، التأمينات الاجتماعية في مجال الضمان الاجتماعي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، سنة، 2013، ص. 89-90.

[6] المادة 07 من القانون 83-11 السابق الذكر.

خاصة والتي تستلزم بدورها أن تكون العلاجات موصفة من طبيب مختص أو مؤهل وإرسال الملف الطبي إلى هيئة الضمان الاجتماعي كما يتوجب احترام الآجال القانونية لإيداع طلب العطل المرضية والشروط المتعلقة بوصفة الانقطاع عن العمل بسبب المرض والتي تتضمن هوية كاملة عن المريض وعن المرض والمدة المحتملة لأجل الشفاء...الخ.

**الفرع الثاني: التامين على الولادة (الأمومة)**

يبقى الهدف الأسمى لهيئات الضمان الاجتماعي دائما هو الظفر والوصول إلى تحقيق مجتمع يتمتع بمستوى معيشي مناسب وان صح التعبير مستوى يجعل الفرد في منأى عن مختلف تلك المشاكل الاجتماعية الأكثر خطورة خاصة التي تخرج عن إرادته[1]، وبما أن الحمل والولادة من بين هذه الأسباب التي تحول بين المرأة الحاملة وعملها، فيقصد بالولادة لغة أنها وضع المرأة للمولود أو للحمل فنقول تولد شيء عن الشيء بمعنى عنه أما بالمعجم الطبي بدوره تعرض إلى تعريف الولادة على أنها جملة من الظواهر الفيزيولوجية التي تؤدي إلى خروج الجنين وتوابعه خارج الامساك التناسلية الخاصة بالأم[2].

وبالرجوع إلى أحكام علاقات العمل فان العاملات يستفدن خلال فترات ما قبل الولادة وما بعدها من عطلة الأمومة طبقا للتشريع المعمول به[3]، كما أكد هذا القانون المتعلق بالتأمينات الاجتماعية[4] أما بخصوص الادءات التي تستفيد منها المرأة الحامل فلقد نص عليها أيضا قانون التأمينات الاجتماعية[5] وهي على العموم تقريبا نفس الاداءات المتعلقة بحالات التعويض والتي تتمثل في في تعويضات عينية وأخرى نقدية لكن طبعا تختلف نسبتها وأنواعها من حالة لأخرى وعليه، وبالنسبة للاداءات العينية للولادة فهي كفالة مختلف تلك المصاريف المترتبة عن الحمل والوضع وتبعاته، أما النقدية فهي تلك المرتبطة بعطلة الأمومة والتي تنقطع المرأة خلالها عن العمل.

وكما سبق الذكر أعلاه فان مثل هذه الحالة أيضا تستدعي جملة من الشروط للاستفادة من كل هذه التأمينات وهي تقريبا أيضا نفس الشروط العامة المنصوص عليها في الحالة الأولى، أما الخاصة فتتمثل في إعلام المرأة الحامل لهيئات الضمان الاجتماعي بحملها وعدم انقطاعها عن العمل لأسباب أخرى، تقديم شهادة من المستخدم يبين فيها تاريخ التوقف عن العمل ومبلغ الرواتب والأجور وهي بطبيعة الحال كلها شروط منظمة بموجب نصوص قانونية وبالتفصيل.

**الفرع الثالث: التامين على الوفاة**

تعتبر حالة الوفاة من بين الحالات الشاذة التي من المحتمل أن يمر بها أي إنسان والتي من شانها ان تتولد عنها آثار جد سلبية تنعكس على الجانب الاجتماعي والاقتصادي وحتى النفسي لذوي المتوفى خاصة الذين في كفالته والذين هم من يتولى إعالتهم من أولاد وزوجة لذا كان من الضروري التفكير بالحالة التي سوف تؤول إليها هذه العائلة فكان قانون الضمان الاجتماعي الحل الأجدر

[1] محمد حلمي، التأمينات الاجتماعية في البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، سنة، 1972، ص. 12.

[2] Dictionnaire Médicale référence précédent, p. 17 : « accouchement c'est l'ensemble des phénomènes physiologique conduisant à la sortie du fœtus et de ses annexes hors des voies génitales maternelles »

[3] المادة 556 من القانون رقم 90-11 السابق الذكر.

[4] المادة 23 من القانون 83-11 السابق الذكر والتي تنص: « **تتقاضى المؤمن لها شريطة أن تتوقف عن كل عمل مأجور أثناء فترة التعويض، تعويضه يومية لمدة 14 أسبوع متتالية تبدأ على الأقل ستة أسابيع منها قبل التاريخ المحتمل للولادة وعندما تتم الولادة قبل التاريخ المحتمل لا تقلص من فترة التعويض المقدرة ب 14 أسبوع** ».

والأمثل لمواجهة مثل هذه المشاكل عبر ما يسمى بالتامين على الوفاة[1] والوفاة يمكن ان نعرفها بالمنية فنقول توفي فلان أي أن الله عز وجل جلاله قبض روحه أما علميا فهي حالة توقف الدماغ عن العمل وساق الدماغ والنخاع الشوكي بشكل كامل ونهائي نظرا للتوقف الفجائي لدوران الدم[2]، أما القانون المدني فبدوره هو الآخر أشار إلى مفهوم ومعنى الموت على انه مفارقة الشخص للحياة وان شخصية الإنسان تبدأ بتمام الولادة إلى الوفاة[3] هذا فيما يتعلق بالموت الحقيقي إلا انه أيضا والى جانب هذا هناك ما يطلق عليه بالموت الحكمي إذ يعتبر في حكم المتوفى ذلك المفقود لمدة أربعة سنوات فأكثر[4]، وعلى الرغم من هذا إلا أن المشرع قرر تعويضة أو معاش لذوي المتوفى و لم يميز بين كل من الموت الحقيقي والحكمي من خلال تقرير التامين عن الوفاة لكن طبعا وفق إثبات حالة الوفاة من قبل ذويه ضف إلى ذلك ولتجنب الفوضى أمام صناديق الضمان الاجتماعي وكذا استغلال الأفراد لهذا الأمر يلاحظ أن المشرع بالنسبة للموت الحكمي فان التعويض عليه يبقى مقصور على فئة معينة دون سواهم وهم الصيادين المفقودين بالبحر[5].

أما عن نوع الاداءات المستحقة فهي كل من العينية بالإضافة إلى النقدية أين تقدم منحة معينة لكل فرد من ذوي المتوفى وتوزع بينهم بأقساط متساوية، أما بالنسبة للعمال الأجراء فيستفيدون من منحة على أساس الدخل السنوي المصرح به وحسب نسبة الاشتراكات التي كانت تدفع أمام هيئات الضمان[6] لكن طبعا كل هذه التعويضات لا يحصل عليها إلا بموجب توافر شروط معينة كالانتساب إلى هيئات الضمان ودفع الاشتراكات المستحقة هذا عامة أما على وجه الخصوص فيتعين أن يكون المستفيد من التامين على الوفاة بالفعل يتمتع بصفة ذوي الحق كزوجه أو ابنه وان يكون المتوفى قد عمل إما خمسة عشر يوم أو مائة ساعة أثناء الثلاثة أشهر الأخيرة السابقة عن الوفاة.

## المطلب الثاني:المخاطر الاجتماعية المهنية التي تتكفل بها هيئات الضمان الاجتماعي

في إطار تحقيق التنمية الاجتماعية لا يكف قانون الضمان الاجتماعي في السعي إلى تكريس ذلك الهدف فبعد أن بينا الدور الفعال الذي يلعبه في تحقيق مفهوم التنمية الاجتماعية من خلال التامين عن حالات المرض وكذا الأمومة هاهو أيضا يشمل بضمانه حالات أخرى كالعجز والبطالة والتقاعد والتي كذلك حالات عويصة يمر بها الفرد فتأثر عل حياته اجتماعيا نفسيا واقتصاديا.

---

[1] المادة 06 من القانون رقم 85-35 المؤرخ في 09 فيفري 1985 المتعلق بالضمان الاجتماعي للأشخاص الغير أجراء الذين يمارسون عملا مهنيا، الجريدة الرسمية الصادرة في 24 فيفري 1985، العدد، 09، ص. 215.

[2] Dictionnaire Médicale, référence précédent ; p. 255 et 608 : « décès mort naturelle d'une personne, mort, arrêt complet et définitif des fonctions vitales d'un organisme vivant, suivi par destruction progressive de ses tissus et organes».

[3] المادة 25 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة في 30 سبتمبر 1975، العدد، 78، ص 990.

[4] المادة 109 إلى 115 من القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 جوان 1984 العدد، 24، ص. 910.

[5] منشور صادر عن وزارة الشؤون الاجتماعية رقم 51-09 المؤرخ في 03 جوان 1991 المتضمن تقديم منحة الوفاة ومعاش التقاعد المنقول إلى ذوي الصيادين المفقودين بالبحر، الجريدة الرسمية الصادرة في 04 جوان 1991، العدد، 28، ص.

[6] المادة 66 من القانون 83-11 السابق الذكر.

## الفرع الأول: التامين على العجز

يقصد بالعجز بصفة عامة عدم القدرة على العمل إذ، هو حالة تصيب الإنسان في سلامته الجسدية فتأثر بذلك على قدراته البدنية والقيام بعمله[1] أما حسب المعجم الطبي فيعرف العجز على ساس انه حالة يكون فيها الشخص ليس بإمكانه ممارسة أي نشاط مهني عادي بسبب المرض أو الحادث أو العاهة[2]، والمشرع الجزائري فبدوره اعتبر الشخص العاجز هو كل من يعاني من إصابة تمنعه من القيام بعمل والذي يمكنه من الحصول على دخله أو جزء من الدخل لا يفوق نصف الدخل الذي كان يتقاضاه وهو بصحته وهذا مقارنة باجر عامل آخر بنفس الكفاءة والخبرة وفي نفس القطاع الذي يعمل به[3] كما أشارت إلى هذا أحكام المرسوم 84-27[4] ويظهر جليا من استقراء أحكام هذا المرسوم اشترط انه ولكي يعتبر الشخص في حكم العاجز أن يفقد أجره ليصل إلى اقل من نصف الأجر الذي كان يتقاضاه سابقا، كما اعتمد في تحديد معنى العجز على المعيار المهني أي عدم القدرة على القيام بنشاط نعين أي بالمفهوم الواسع تحديد معنى هذه الحالة مرتبط باللياقة البدنية[5] ليبقى الهدف من التامين على العجز هو منح معاش للمؤمن له الذي يضطره العجز للوقوف عن مزاولة العمل[6]، كما بين القانون 83-11 أنواع العجز فنجد العجز الناتج عن عن العطل المرضية القصيرة المدة والذي يستفيد من خلاله المؤمن من تعويضة يومية متتالية تقدر ب 300 تعويضة وذلك بعد استفادته من عطلة مرضية لمدة سنتين على التوالي أين يتوجه مباشرة إلى حالة العجز من طرف مصلحةالاداءات التابعة لصندوق الضمان الاجتماعي إلى جانب العطل المرضية الطويلة المدى التي بلغت مدة ثلاثة سنوات ويحال الشخص هنا إلى التقاعد مباشرة[7].

مباشرة[7].

أما بالنسبة لتصنيف حالات العجز فيميز هنا بين فئة العمال الأجراء الذين نجد فيهم ثلاثة أصناف من حالات العجز العاجزون الذين لا يزالون قادرين على مباشرة نشاط مأجور، الذين يتعذر عليهم على الإطلاق ذلك، والذين أيضا عاجزون بشكل مطلق ويحتاجون إلى المساعدة الاجتماعية[8] في حين انه بالنسبة لفئة العمال الأجراء فنجد بها صنف واحد من حالات العجز وهي الحالة التي يكون فيها الشخص في حالة عجز كلي ونهائي غير قادر إطلاقا على مزاولة العمل والاستمرار فيه مهما كان نوع وطبيعة النشاط .

---

[1] احمد حسن البرعي، مرجع سابق الذكر،ص. 586.

[2] Dictionnaire Médicale, référence précédente : « invalide personne qui n'est pas en état d'exercer une activité professionnelle normale du fait d'une maladie, d'un accident au d'une infirmité».

[3] بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية، دار الريحانة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة، 2006، ص. 138.

[4] المادة 40 من المرسوم رقم 84-27 المؤرخ في 11 فيفري 1984 المتعلق كيفية تطبيق العنوان الثاني من القانون 83-11، الجريدة الرسمية الصادرة في 14 فيفري 1984، العدد، 07، ص. 211 والتي تنص: « يعد في حالة العجز المؤمن له اجتماعيا الذي يعني عجزا يخفض على الأقل نصف قدرته على العمل أو الربع أي، يجعله غير قادر أن يحصل على أية مهنة مهما كانت على اجر يفوق نصف اجر احد العمال من نفس الفئة المهنية التي يمارسها سواء عند تاريخ العلاج الذي تلقاه أو عند تاريخ المعاينة الطبية للحادث...» ، بشير هدفي، مرجع سابق الذكر، ص. 138.

[5] زرارة صالحي الواسعة، المخاطر المضمونة في قانون التأمينات الاجتماعية، دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقانون المصري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية، 2006-2007، ص. 247.

[6] المادة 31 من القانون 83-11 السابق الذكر.

[7] المادة 16 و35 من القانون 83-11 السابق الذكر.

[8] المواد 36 إلى 39 من القانون 83-11 السابق الذكر، منشورات الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء، التامين على العجز، سنة، 1997، ص. 08.

وبخصوص الاداءات المستحقة عن حالة العجز فإنها تتمثل في تأمينات نقدية وأخرى عينية هذه الأخيرة التي تتجسد من خلال تلك التعويضات التي تمنح سواء للمؤمن لها أو لذويه والتي تخص حالات المرض، الأمومة التامين على الوفاة[1] أما النقدية فهي تلك التعويضة اليومية التي تمنح للمؤمن لها المضطر للتوقف عن العمل من لحظة إلى أخرى بسبب العجز[2]، وهذا طبعا بموجب شروط عامة واخرى خاصة محددة قانونا[3].

**الفرع الثاني: التامين على البطالة**

– بالنسبة للتامين على البطالة فتعتبر هذه الأخيرة من بين احد المشاكل والمخاطر الاجتماعية التي تعاني منها مختلف دول العالم، حيث أن المبدأ انه لكل شخص الحق في العمل وفي اختيار العمل الذي يود امتهانه وهو حق مكرس دوليا على فعلى سبيل المثال على الصعيد الدولي نجده مكرسا ضمن المادة 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وطنيا ونخص بالذكر بلدنا الجزائر الذي لم يستغني عن هذا الحق بل اقره صراحة بالمادة 55 من الدستور وبهذا، يكون المشرع قد وضع قاعدة قانونية أساسية لمكافحة شبح البطالة إذ، يلاحظ انه هناك ارتفاع رهيب لمعدل البطالة بالجزائر بالآونة الأخيرة ولذا فكانت التفاتة مشرعنا لمعالجة هذه المشكلة الاجتماعية في محلها نظرا لمختلف تلك الآثار السلبية التي من الممكن أن تخلفها أزمة البطالة وعلى مختلف الأبعاد من اجتماعية، اقتصادية وحتى السياسية إذ من الممكن أن تكون السبب في مغادرة ما يعرف بالأمن والاستقرار السياسي وهنا بالتحديد نجد ذلك الدور الفعال الذي تلعبه هيئات الضمان الاجتماعي أين تم استحداث الصندوق الوطني للتامين على البطالة بموجب المرسوم 94-188[4] هذا الصندوق يتم تسييره من قبل مجلس إدارة ويتجسد من خلال شبكة من الوكالات الجهوية والولائية[5] والتي تشمل بدورها عدة مصالح موزعة على عدة مكاتب والتي يرأسها المدير الجهوي أو الولائي، أما عن مهام هذا الصندوق وتحقيقا للتنمية الاجتماعية الشاملة فانه واثر الأزمة الاقتصادية التي تعرضت لها الجزائر والتي أدت إلى غلق العديد من أبواب المؤسسات الاقتصادية العامة والخاصة والذي أدى أيضا إلى تسريح العديد من العمال بادرت السلطات العمومية إلى إصدار سلسلة من النصوص القانونية أبرزها المرسوم التشريعي 94-11 بغرض الحفاظ على الشغل وحماية الأجراء الذين يفقدون عملهم بصفة لا إرادية[6] وبهذا يستخلص بان المستفيدين من نظام التامين عن البطالة فهم الأجراء المنتمين للقطاع الاقتصادي الفاقدين لمناصب عملهم لا ارتديا[7] ويستثنى من هذا الفئات المنصوص عليها بكل من المواد الثالثة والرابعة والخامسة من هذا المرسوم.

---

[1] المواد 69 و70 من القانون 83-11 السابق الذكر.

[2] المادة 14 من القانون 83-11 السابق الذكر.

[3] المادة 34 من القانون 83-11 السابق الذكر، لمواد 44 و45 من المرسوم 84-27 السابق الذكر.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 94-188 المؤرخ في 06 جويلية 1994 المتضمن القانون الأساسي للصندوق الوطني للتأمين عن البطالة، الجريدة الرسمية الصادرة في 07 جويلية 1994، العدد، 44، ص. 05.

[5] المادة 23 من المرسوم التنفيذي 94-188 السابق الذكر.

[6] المرسوم التنفيذي رقم 94-11 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن إحداث التامين عن البطالة لفائدة العمال الذين يفقدون عملهم بصفة لا ادرية لأسباب اقتصادية، الجريدة الرسمية الصادرة في 01 جوان 1994 ، العدد، 34، ص. 03.

[7] المادة 02 من المرسوم التنفيذي 94-11 السابق الذكر.

وللاستفادة من مختلف الاداءات التي يقررها هذا الصندوق فانه بدوره يتطلب جملة من الشروط منها ما يتعلق بوضعية الأجير أمام هيئات الضمان الاجتماعي واتجاه الهيئة المستخدمة قبل إجراء التسريح بفترة زمنية معينة ومنها ما يتعلق بتدابير المحافظة على الشغل والتي يفترض عدم استفادته منها بالإضافة إلى ضرورة وجود اسمه ضمن قائمة العمال الذين هم محل التسريح في إطار عملية التقليص من عدد العمال أو عند إنهاء نشاط صاحب العمل والمؤشر عليها من قبل مفتشية العمل المختصة إقليميا[1] هذا من جهة من جهة اخرى نجد هناك بعض الشروط الأخرى التي تكون محل المطالبة أيضا بغرض الاستفادة من بعض المزايا الأخرى من خلال التامين على البطالة طبعا والتي تخص إجراءات المساعدة على إعادة الإدماج المهني وهي:أن يكون الشخص مسجل كطالب للعمل لدى الوكالة المحلية للتشغيل منذ شهرين على الأقل وهذا ما يجسد عمل الصندوق بالتنسيق مع هذه الوكالة لأجل ضبط بطاقة المنخرطين ومعرفة طلبات العمل إلى جانب دفع تلك الاشتراكات المتعلقة بتمويل الصندوق[2] وكل هذا من شانه آن يسمح بالاستفادة من اداءات نقدية وهي التعويضات الشهرية عن البطالة إلى جانب الاداءات العينية من تامين على المرض، الولادة والتقاعد وغيرها[3].

**الفرع الثالث: التامين على التقاعد**

يقصد بالتقاعد لغة مصدر الفعل " قعد" أي جلس فنقول تقاعد الشخص عن أمر أي انه لم يعد يهتم به فنقول تقاعد الموظف عن العمل بمعنى توقف عنه[4] أما فقها فهو عبارة عن نهاية المدة القانونية المهنية للعامل[5]، أما التامين على التقاعد فهو عملية عملية قانونية تتم بإتباع جملة من الإجراءات المعينة التي يرمي من خلالها إلى تحقيق نوع من الحماية الاجتماعية طبعا لكل شخص تتوافر فيه شروط معينة والتي تضمن بالأساس استمرار الدخل الذي كان يستفيد منه العامل الذي كان يأخذه أثناء مزاولته للعمل وهو حق شخصي مقرر بموجب أحكام القانون 83-12 المتعلق بالتامين عن التقاعد[6] كما انه أيضا حق مالي[7]، أما عن أهداف هذا النظام فهي الإنصاف والعدالة والاستمرارية بالإضافة إلى المساهمة في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية.

والتقاعد أنواع فهناك ما يعرف بالتقاعد الكلي أو العادي والمنصوص عليه في القانون 83-12 والذي تم من خلاله توحيد أنظمة التقاعد والمبادئ التي يقوم عليها من قواعد متعلقة بتقدير الحقوق وكذا الامتيازات والتمويل وسواء كان رجل أو امرأة[8] إلى إلى جانب النص على شروط معينة كشرط السن المحدد ب: 60 سنة بالنسبة للرجل و55 سنة للمرأة[9] مع العلم انه يمكن تقليص سن التقاعد بخصوص بعض الحالات والتي تتعلق بظروف وطبيعة بعض الأعمال التي تتميز بنوع من الخطورة أو حالات شخصية مثل العاملات اللاتي يربون ولد أو عدة أولاد طيلة تسعة سنوات على الأقل ويتم التخفيض على ساس سنة واحدة على كل ولد

[1] المادة 06 من المرسوم التنفيذي 94-11 السابق الذكر.
[2] المادة 08 من المرسوم التنفيذي 94-11 السابق الذكر.
[3] المادة 11 من المرسوم التنفيذي 94-11 السابق الذكر.
[4] المنجد الأبجدي، مرجع سابق الذكر، ص. 28.
[5] سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقات العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة، 1998
[6] المادة 06 من القانون رقم 83-12 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتقاعد المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة في 06 نوفمبر 1983، العدد، 37، ص.
[7] المادة 03 من القانون رقم 90-11 السابق الذكر.
[8] المادة 10 من القانون 83-12 السابق الذكر والمعدلة بموجب المادة 03 من الأمر رقم 97-13 المؤرخ في 31 ماي 1997 المعدل والمتمم للقانون 83-12، الجريدة الرسمية الصادرة في 04 جوان 1997، العدد، 38، ص. 04.
[9] المادة 06 من القانون 38-12 السابق الذكر.

في حدود ثلاثة سنوات، كذلك العامل المصاب بالعجز الكامل والنهائي و المجاهدون المشاركون بالثورة التحريرية، أما الشرط الثاني فيتعلق بالمدة القانونية إذ، لا يمكن للعامل أن يقوم بتقديم طلب الإحالة على التقاعد كما لا يمكن لصاحب العمل أن يحيله إلى التقاعد إلا إذا استكمل العامل مدة لا تقل عن 15 سنة من عمله، أما النوع الثاني للتقاعد فهو ما يعرف بالتقاعد النسبي والذي تبناه المشرع بموجب الأمر 97-13 والذي لا يتم إلا بموجب شروط أيضا كإلزامية تحرير العامل لطلب صريح وان يكون قد قضى مدة لا تقل عن 20 سنة من العمل وان يكون قد بلغ 50 سنة بالنسبة للرجل و45 سنة بالنسبة للمرأة التي يفترض أن تقضي على الأقل 15 سنة في عملها[1]، كما نجد التقاعد دن شرط السن والذي يتم بموجب قرار م العامل والموافقة من الإدارة ويسقط عليه شرط السن ويخص الأمر كل شخص قضى مدة 32 سنة من العمل وانه دفع قيمة الاشتراكات المستحقة خلالها أمام هيئات الضمان الاجتماعي، والى جانب كل هذه الأنواع نجد أيضا ما يعرف بالتقاعد المسبق والذي نص عليه بموجب المرسوم التشريعي 94-10[2] وهو نظام جديد بغرض التدخل لصالح الأجير الذي قارب بلوغ سن التقاعد وأيضا لمصلحة المؤسسة التي تمر تمر بصعوبات مالية عن طريق إحالته للتقاعد المسبق يصل إلى 10 سنوات قبل وصوله للسن القانوني للتقاعد[3] ولكي يستفيد العمال من مثل هذا التقاعد فلابد أن يكون قد بلغ سن 50 سنة على الأقل بالنسبة للرجل و45 سنة للمرأة وان كون قد قضى مدة لا تقل عن 20 سنة في عمله ودفع الاشتراكات لمدة 10 سنوات وان يكون اسمه ضمن قائمة العمال الذين تمت شمولهم بإجراء التقليص نظرا لظروف تمر بها المؤسسة غير انه لا يستفيد من هذا النظام كل من العمال المستفيدين من الدخل الناتج عن نشاط مهني مأجور، العمال الأجراء الذين في حالة انقطاع مؤقت عن العمل بسبب البطالة أو البطالة الناجمة عن التقلبات المناخية والذين هم في انقطاع مؤقت أو دائم عن العمل نتيجة عجز أو كارثة طبيعية...[4].

## خاتمة :

مما لا شك فيه انه بالفعل يعود لقانون الضمان الاجتماعي دور كبير وفعال في تحقيق التنمية الاجتماعية بحيث، وبالنظر والتمعن بكل أهداف وأبعاد هذه الأخيرة بشكل عام والتي يمكن إيجازها في الزيادة بالدخل القومي بالإضافة إلى رفع المستوى المعيشي وتقليل التفاوت في الدخل والثروات وبين المستوى الاجتماعي والاقتصادي بالمجتمع الواحد أي بالمفهوم الواسع السعي إلى خلق نوع من الرغبة في التطور الاجتماعي وإظهار عدم الرضا عن الوضع القائم وإيجاد ادوار اجتماعية جديدة لأجل الظفر بمجتمع متغير، متطور والانتقال من مجتمع تقليدي إلى آخر متحضر ومتقدم من كل النواحي وبالمجال الاجتماعي على وجه الخصوص، ناهيك عن أهداف أخرى التي من شانها دفع عجلة النمو الاجتماعي والاقتصادي للأفراد ومساعدتهم في حل مختلف المشكلات التي قد يصادفونها بالحياة وعليه، يستخلص انه بالفعل يعتبر نضام الضمان الاجتماعي نظام تكافلي يرمي إلى الحد من انعدام الأمن في الدخل واستئصال الفقر وتحسين مستوى الأفراد الاجتماعي والاقتصادي وذلك عبر مختلف الخدمات الاجتماعية التي يقدمها

[1] المادة 02 من الأمر 97-13 السابق الذكر.

[2] المرسوم التشريعي رقم 94-10 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتعلق بالتقاعد المسبق، الجريدة الرسمية الصادرة في 01 جوان 1994، العدد، 34، ص. 08.

[3] المادة 05 من المرسوم التشريعي 94-10 السابق الذكر والمادة 07 من القانون 83-12 السابق الذكر.

[4] المادة 02 من المرسوم 94-10 السابق الذكر.

واستطاع فرض نفسه كآلية من بين الآليات التي تعمد إلى تحقيق معنى التنمية بالرغم من تلك الصعوبات المادية التي تواجهه كنقص التمويل إلى جانب بعض الفراغات التشريعية بهذا المجال.

**النتائج:**

- انتشار وتفاقم المخاطر الاجتماعية مما اوجد صعوبة التكفل بها بشكل كلي
- وجود ثغرات قانونية في مختلف النصوص الفاعلة بهذا المجال
- ضعف الرقابة مما أدى إلى التنصل للخضوع لهذا النظام خاصة من قبل أرباب العمل أو الهيئات المستخدمة

## قائمة المراجع


### الكتب

1. بشير هدفي، الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية، دار الريحانة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة، 2006
2. حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الضمان الاجتماعي، الدار الجامعية، بيروت، سنة، 1992
3. حمد حسن البرعي، الوجيز في القانون الاجتماعي، قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة، 1992.
4. سليمان أحمية، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقات العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة، 1998
5. السماتي الطيب، التأمينات الاجتماعية في مجال الضمان الاجتماعي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، سنة، 2013
6. عادل عبد الحميد عز، التامين الصحي في الجمهورية اللبنانية، سنة، 1995، جامعة بيروت العربية
7. مبارك حجر، الضمان الاجتماعي، دراسة مقارنة، مكتبة الانجلومصرية، القاهرة، سنة، 1965
8. محمد حلمي، التأمينات الاجتماعية في البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، سنة، 1972،
9. المنجد الأبجدي، الطبعة الأولى، دار المشرق بيروت، سنة، 1968

### النصوص القانونية والتنظيمية

1. القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد العمل بالتشريعات الفرنسية الا ما كان منها متعارض مع السيادة الوطنية، الجريدة الرسمية الصادرة سنة 1963 العدد 02.
2. القانون رقم 83-11 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة في 05 جويلية 1983، العدد، 28.

3. القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 جوان 1984، العدد 24، ص. 910.
4. القانون رقم 83-12 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بالتقاعد، الجريدة الرسمية الصادرة في 06 نوفمبر 1983، العدد، 37.
5. القانون رقم 83-13 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية الصادرة في 03 جويلية 1983، العدد، 28.
6. القانون رقم 85-35 المؤرخ في 09 فيفري 1985 المتعلق بالضمان الاجتماعي للأشخاص الغير أجراء الذين يمارسون عملا مهنيا، الجريدة الرسمية الصادرة في 24 فيفري 1985، العدد، 09.
7. القانون رقم 90-11المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في 21 افريل 1990 والمعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة في 25 افريل 1990، العدد، 17.
8. القانون رقم 02-09 المؤرخ في 08 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعاقين وبترقيتهم، الجريدة الرسمية الصادرة في 14 ماي 2002، العدد، 34.
9. القانون رقم 15-05 المؤرخ في 01 فيفري 2015 والمعدل والمتمم للقانون 83-11، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 فيفري 2015، العدد، 07.
10. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة في 30 سبتمبر 1975، العدد، 78.
11. الأمر رقم 96-17 المؤرخ في 06 جويلية 1996 والمعدل والمتمم للقانون 83-11، الجريدة الرسمية الصادرة في 07 جويلية 1996، العدد، 42.
12. الأمر رقم 97-13 المؤرخ في 31 ماي 1997 المعدل والمتمم للقانون 83-12، الجريدة الرسمية الصادرة في 04 جوان 1997، العدد، 38.
13. الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيف العمومي، الجريدة الرسمية الصادرة في 16 جويلية 2006، العدد، 46.
14. المرسوم رقم 84-27 المؤرخ في 11 فيفري 1984 المتعلق كيفية تطبيق العنوان الثاني من القانون 83-11، الجريدة الرسمية الصادرة في 14 فيفري 1984، العدد، 07.
15. المرسوم رقم 85-34 المعدل والمتمم المؤرخ في 09 فيفري 1985 المحدد لاشتراكات الضمان الاجتماعي لأصناف خاصة الغير من المؤمن لهم اجتماعيا، الجريدة الرسمية الصادرة في 24 فيفري 1985، العدد، 09.
16. المرسوم رقم 85-244 المؤرخ في 20 أوت 1985 المحدد للشروط اللازمة للتكفل بخدمات الضمان الاجتماعي المستحقة للمؤمن لهم اجتماعيا الذين يعملون أو يتكونون بالخارج،الجريدة الرسمية الصادرة في 21 أوت 1985، العدد، 35.
17. المرسوم رقم 85-33 المؤرخ غي 09 فيفري 1985 المتعلق بالضمان الاجتماعي للأشخاص الغير الأجراء الذين يمارسون عملا مهنيا، الجريدة الرسمية الصادرة في 24 فيفري 1985، العدد، 09.
18. المرسوم التنفيذي رقم 85-33 المؤرخ في 09 فيفري 1985 المحدد لقائمة العمال المشبهين بالأجراء في مجال الضمان الاجتماعي، الجريدة الرسمية الصادرة في 24 فيفري 1985، العدد، 09، ص. 210، المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 92-274 المؤرخ في 06 جويلية 1992، الجريدة الرسمية الصادرة في 08 جويلية 1992، العدد، 52.

19. المرسوم التشريعي رقم 94-10 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتعلق بالتقاعد المسبق، الجريدة الرسمية الصادرة في 01 جوان 1994، العدد، 34.
20. المرسوم التنفيذي رقم 94-188 المؤرخ في 06 جويلية 1994 المتضمن القانون الأساسي للصندوق الوطني للتأمين عن البطالة، الجريدة الرسمية الصادرة في 07 جويلية 1994، العدد، 44.
21. المرسوم التنفيذي رقم 94-11 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن إحداث التامين عن البطالة لفائدة العمال الذين يفقدون عملهم بصفة لا ارديه لأسباب اقتصادية، الجريدة الرسمية الصادرة في01 جوان 1994 ، العدد، 34.
22. المرسوم التنفيذي رقم 94-236 المؤرخ في 24 أكتوبر 1994 المتضمن تطبيق أحكام المادة 22 من المرسوم التشريعي 94-08 المؤرخ في 26 ماي 1994 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، الجريدة الرسمية الصادرة في 10 اوت 1994، العدد 51، ص. 09.
23. القانون رقم 99-07 المؤرخ في 05 افريل 1999 المتعلق بالمجاهد والشهيد، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 افريل 1999، العدد، 25.
24. المرسوم التنفيذي رقم 01-12 المؤرخ في 21 جانفي 2001 المحدد لكيفيات الحصول على العلاج لفائدة المحرومين غير المؤمن لهم اجتماعيا، الجريدة الرسمية الصادرة في 12 جانفي 2001، العدد، 06.

**المذكرات والرسائل والمنشورات**

1. باديس كشيدة، المخاطر المضمونة والية فض المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة باتنة، السنة الجامعية، 2009-2010.
2. زرارة صالحي الواسعة، المخاطر المضمونة في قانون التأمينات الاجتماعية، دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقانون المصري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية، 2006-2007.
3. منشور صادر عن وزارة الشؤون الاجتماعية رقم 51-09 المؤرخ في 03 جوان 1991 المتضمن تقديم منحة الوفاة ومعاش التقاعد المنقول إلى ذوي الصيادين المفقودين بالبحر، الجريدة الرسمية الصادرة في 04 جوان 1991، العدد 28.
4. منشورات الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء، التامين على العجز، سنة، 1997.

## La bibliothèque en langue étrangère

1. Hanouz Mourad et khadir Mohamed, précis de sécurité sociale, O.P.U édition 1996.
2. Dictionnaire Médicale, 6émé édition, Elsevier Masson 2009, farce.

# جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية

# Le crime de fraude des Cartes de crédit

**د.شعنبي فؤاد / ط.د. بن نقي سفيان**

**كلية الحقوق–جامعة طاهري محمد–بشار–الجزائر**

**ملخص:**

تساهم أدوات الوفاء الإلكتروني على مختلف أنواعها في تقديم تسهيلات كثيرة لفائدة مستعمليها،غير أنَ مسألة التلاعب بهــذه الأدوات واستخدامها بغير الطريقة المتطلبة قانوناً وكذلك العبث بها عن طريق سرقة أرقامها واستخدامها في القيام بعمليات الشراء عن طريق شــبكة الإنترنت،وغيرها يشكَل جرائم تمَس بسمعة هذه الأدوات الحديثة في الدفع،كما أنه ومن ناحية أخرى قد تكون هذه البطاقــات الإئتمانيــة معرَضة لجريمة التزوير،باعتبارها جريمة تكثر في هذا المجال، وذلك راجع إلى سهولة التلاعب في البيانات المدوَنة على البطاقة،سواءً كانت مرئية أم غير مرئية.

**الكلمات المفتاحية**: جريمة التزوير،البطاقات الإئتمانية، الدفع الالكتروني، شبكة الأنترنت، قانون العقوبات.

**Résumé :**

Les outils de paiement électroniques de toutes sortes offrent de nombreuses fonctionnalités à leurs utilisateurs, mais la question de manipuler et d'utiliser ces outils d'une manière qui n'est pas légalement autorisée et de les altérer en leur volant leurs numéros et en les utilisant pour effectuer des achats via Internet Ou collusion qui peut se produire entre des employés de banque et le commerçant ou le titulaire légitime de la carte de crédit par exemple, ou arbitraire dans l'utilisation de ces cartes par le titulaire de la carte ou par l'émetteur ou le commerçant qui accepte de les utiliser, tous ces crimes affectent la réputation de ces outils modernes de paiement, d'autre part, les cartes de crédit sont soumises à la fraude, ce crime est généralisé dans ce domaine en raison de la facilité de manipulation des données enregistrées sur la carte, indépendamment du fait que les données soient visibles ou non visibles.

**Les mots clés** : Le crime de fraude, Cartes de crédit, paiementélectronique, réseaud’internet, code pénal.

**مقدمة:**

يشمل مفهوم الاستخدام غير المشروع[1] لأدوات الدفع الإلكتروني جريمة التزوير التي تحدث في مجال استخدام الأدوات الحديثة المعتمدة في هذا المجال، كالبطاقات الإئتمانية بمختلف أنواعها، بوصفها من الجرائم التي تهدد سلامة التعامل بهذه البطاقات،فهذه الجريمة يسهل ارتكابها من قبل محترفي الإجرام،ويصعب في ذات الوقت اكتشافمرتكبها، كما يصعب أيضًا اكتشاف حالة التزوير،سواء كان هذا الأخير كلياً أم جزئياً،ومن هنا يمكن القول أن دراسة هذه الجريمة يستدعيالتعرَض للحالات التي تستوجب قيامها،وكذلك فرض العقوبة المناسبة لذلك.

وانطلاقاً من ذلك كلَه يستوجب الأمر ضرورة فرض نصوص قانونية جديرة بحماية مصالح الأطراف المتداخلة في عملية السحب أو الوفاء بموجب البطاقات الإئتمانية سواءً تعلق الأمر بالعميل أو التاجر أو الجهة المصدرة.

وعليه فانَ **الإشكالية** التي نحاول معالجتها في هذا الصددتتمثَل في كيفية حماية البطاقة الائتمانية و مدى امكانية تطبيق أحكام التزوير التقليدي على البطاقات الإئتمانية؟

وتتفرع عن هذه الاشكالية الرئيسية بعض الاشكاليات الفرعية كالتالي:

-ما هي حلات التزوير في البطاقات الائتمانية؟

- هل هناك امكانية لتطبيق القواعد العامة في مجال التجريم على هذه الجريمة المستحدثة؟

- كيف تحدَد العقوبات المقرَرة لهذه الجريمة؟

**أهمية الدراسة:**

تبدو أهمية الدراسة في مدى إمكانية تطبيق قواعد جريمة التزوير المنصوص عليها في قانون العقوبات،ومدى ملاءمتها لجريمة التزوير الواقعة على البطاقات الإئتمانية.

**الهدف من الدراسة:**

تهدف الدراسة إلى:

- التعرض للحالات التي تشكل جريمة تزوير للبطاقات الإئتمانية.
- مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة على جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية.
- مدى تعرض البيانات غير المرئية للبطاقة لجريمة التزوير.
- تحديد العقوبات المقررة قانونا لجريمة تزوير البطاقات الإئتمانية.

[1] نص المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 14-252 المتعلق بالتصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات،والمحررة بالقاهرة بتاريخ 21 ديسمبر سنة 2010،وانطلاقا من المادة 18 منه على:" الاستخدام غير المشروع لأدوات الدفع الإلكترونية: كل من زور أو اصطنع أو وضع أي أجهزة أو مواد تساعد على تزوير أو تقليد أي أداة من أدوات الدفع الإلكترونية بأية وسيلة كانت. كل من استولى على بيانات أي أداة من أدوات الدفع واستعملها أو قدمها للغير أو سهل للغير الحصول عليها. كل من استخدم الشبكة المعلوماتية أو إحدى وسائل تقنية المعلومات في الوصول بدون وجه حق إلى أرقام أو بيانات أي أداة من أدوات الدفع. كل من قبل أداة من أدوات الدفع المزورة مع العلم بذلك.المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 14-252،المؤرخ 13 ذي القعدة عام 1435 الموافق لـ 8 سبتمبر سنة 2014،يتضمن التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات المحررة بالقاهرة،بتاريخ 21 ديسمبر سنة 2010،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخة في 28 سبتمبر سنة 2014،العدد 57،ص6.

**منهج الدراسة:**

نركِّز في ثنايا هذه الدراسة على المنهجين،يتجلى الأوَل فيالمنهج التحليلي، أين نحلل مدى إمكانية تطبيق قواعد جريمة التزوير التقليدي،على التزوير الوارد على البطاقات الإئتمانية،والمنهج المقارن الــذي يتجلَى في تحديد عقوبة جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.

وللإجابة على هذه الإشكالية فقد اتَبعنا التقسيم التالي:

**المطلب الأول**: نطاق تطبيق قواعد التزوير التقليدي على البطاقة الإئتمانية

**الفرع الأول**: محل جريمة التزوير في البطاقات الإئتمانية

**الفرع الثاني**:الركن المادي في جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية

**الفرع الثالث**: الركن المعنوي في جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية

**الفرع الرابع**: الضرر في جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية

**المطلب الثاني**:عقوبة جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية

**الفرع الأول**:العقوبة في القانون الجزائري

**الفرع الثاني**:العقوبة في القانون الإماراتي

**الفرع الثالث**: العقوبة في القانون السعودي

**الفرع الربع**:العقوبة في القانون المغربي

## المطلب الأول: نطاق تطبيق قواعد التزوير التقليدي على البطاقة الإئتمانية

و نتناول فيه محَل جريمة التزوير في البطاقة الائتماتية( الفرع الأول)، الركن المادي في هذه الجريمة (الفرع الثاني)، الركن المعنوي ( الفرع الثالث)، وأخيراً الضرر الناجم عن تزوير البطاقات الائتمانية ( الفرع الرابع).

### الفرع الأول: محل جريمة التزوير في البطاقات الإئتمانية

#### أولاً:بيانات البطاقة المرئية ومدى انطباق وصف المحرَر عليها

تحتوي البطاقة على جملة من المعلومات التي يمكن التعرَف عليها بالعين المجرَدة،منها(إسم صاحب البطاقة،شــعار جهة الإصدار،التاريخ المتاح للعميل باستعمال البطاقة،ورقم البطاقة)،غير أنَ الجدل الفقهي يثور حول انطباق وصف المحرَر على البطاقة،ومنهم من رأى انتفاء وصف المحرَر عن الجزء الذي يقع عليه فعل تغيير الحقيقة باعتبار أنَ المحَرر الذي يقع عليه التزوير هو ورقة مكتوبة،وماعدا ذلك لايصلح لأن يكون محلاً للتزوير،بينما بطاقة الدفع الإلكتروني لاتدخل في هذا الوصف على اعتبار أنها قطعة مصنوعة من البلاستيك،ويترتب على ذلك انتفاء وصف المحرَر على البطاقة.[1]

كما يتَجه جانب آخر من الفقه إلى اعتبار البطاقة الإئتمانية أنَها تندرج تحت وصف المحرَر،فبصدورها عن البنك تكتمل فيها مقومات المحرَر، و إذا وقع أيَ تغيير في البيانات العادية التي تحتويها البطاقة(كاسم حاملها،أوالرقم الخاص

[1] ممدوح بن رشيد الرشيد العتري:الحماية الجنائية لبطاقات الدفع الإلكتروني مـــن التزوير،المجلـــة العربيـــة للدراســـات الأمنيـــة والتدريب،المجلـــد 31،العـــدد 62،كليـــة الشـــريعة والأنظمة،الرياض،2015،ص54.

بالبطاقة،أو تاريخ صلاحيتها)،فإن ذلك يعدَ تزويراً في محرَر رسمي أو عرفي،وذلك انطلاقاً من كون البطاقة صادرة عن مؤسسة مصرفية تابعة للدولة،أو مؤسسة مصرفية خاصة.[1]

وما يؤكَد القول بأنَ البيانات المكتوبة بصورة مرئية[2]تعتبر محرراً،هي دلالة الكتابة أو البيانات أو العلامات التي تتضمنَها البطاقة و التي تُستشَف بمجرَد النَظر إليها ،فالعين هي الحاسَة التي تبرز دلالة الفكرة أو الأفكار التي تعبَر عنها البطاقة،حيث أنَه وانطلاقاً من الاطلاع عليها، يستطيع كل المتعاملين بنظام الوفاء بالبطاقات من تحديد كون مقدَم البطاقة هو حاملها الشرعي،مادامت البطاقة صحيحة لا يشوبها عيب أو تشويه.[3]

و انطلاقاً من التعريف السابق الوارد بشأن المحرَر،يكاد يجمع الفقه المصري على أنَ البيانات المدوَنة بصورة مرئية،بحروف بارزةعلى البطاقة، تعبرَ بلا شك عن جملة الأفكار والمعاني الصادرة عن البنك(جهة الإصدار)،لفائدة العميل(الحامل الشرعي للبطاقة الإئتمانية)،هذه الأفكار والمعاني تتضمَن مفهوماً يتوضَح في إعلان جهة الإصدار عن رغبتها في اعتبار الشخص الصادرة له البطاقة هو صاحبها الحقيقي ويحَق له أن يتعامل بها على الوجه الذي تلزمه به،سواءً باستخدامها في السحب عبر ماكينة التوزيع الآلي للنقود،أو السداد بها لصالح المحلاَت التجارية التي تقبل التعامل بها.[4]

بالإضافة إلى أنه لا يشترط في الكتابة التي هي أساس فكرة المحرَر أن تكون بلغة معيَنة،حيث لا عبرة باللغة التي يُسطَر بها المحرَر ولا بطريقة تحريره،وانطلاقاً من ذلك فلا عبرة للَغة الصادر بها سواءً كان بلغة أجنبية أو بلغة عربية،كما يشمل مفهوم الكتابة علامة أو رمز ينتقل به المعنى من شخص لآخر،سواءً كانت هذه الكتابة مكوَنة من حروف أو علامات اصطلاحية متَفق عليها ولو لم تكن من نوع الحروف المعروفة كالأرقام ورموز الشفرة ورموز الإختزال.كما أنَه لا عبرة بالطريقة التي تدوَن بها بيانات البطاقة، فيما لو كانت بآلة كاتبة بطريقة الحفر أو بطريق الحروف البارزة،كما في الواقع العملي،كما أنه لا عبرة بالمادة المستعملة في الكتابة،وعليه فلا أهمية للمادة التي يكتب عليها المحرر فقد تكون من الورق أو الخشب أو القماش أو الجلد.[5]

وما تجب الإشارة إليه أن التزوير الواقع على البطاقة التي تتولى إصدارها البنوك التابعة للدولة يأخذ وصف التزوير الوارد على محرر رسمي،في حين أن التزوير الوارد على البطاقة الصادرة عن البنوك التجارية الخاصة أو الأجنبية،فإن هذا التزوير يكون وارداً على محرَر عرفي.[6]

[1]عبد الجبار الحنيص:الحماية الجزائية لبطاقات الائتمان الممغنطة من التزوير،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد24،العدد الثاني،كلية الاقتصاد ،جامعة دمشق،2008،ص163.

[2]يتم تعيين منطقتين للرموز البارزة على البطاقة:المنطقة الأولى، و تُخصَص للرقم المحدَد لكَل من جهة إصدار البطاقة وحامل البطاقة،ويسمى هذا السطر ب: رقم التعريف،وكلَ ما يطبع على هذا السطر من حروف ورموز يكون الغرض منه إمكانية قراءة ما هو مدوَن على البطاقة بالعين المجرَدة، وكذلك بواسطة القارئات البصرية من قبل الآلة، أما المنطقة الثانية:تخصَص لوضع بيانات عن صاحب البطاقة كالاسم،والعنوان وغيرها،والتي قد تطلبها بعض الجهات،وتعرف هذه المنطقة ب: منطقة الاسم والعنوان،والبيانات المدرجة في هذه المنطقة،أو التي يتَم طباعتها منها هي عادةً مصمَمة بحيث يمكن قراءتها بالعين المجرَدة فقط؛ ارجع بخصوص ذلك إلى: عبد الرحمان حسين عبد الرحمان:تقنية أنظمة المعلومات المستخدمة في البطاقات الإئتمانية،أعمال ندوة تزوير البطاقات الإئتمانية،الطبعة الأولى،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،مركز الدراسات والبحوث،الرياض،2002،ص 154.

[3]محمد نور الدين سيد عبد المجيد:المسئولية الجنائية عن تغيير الحقيقة في بطاقات الوفاء والائتمان،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية،القاهرة،،2008ص91.

[4]نفس المرجع،ص89و90.

[5]محمد زكي أبو عامر وعلي عبد القادر القهوجي:القانون الجنائي(القسم الخاص)،الدار الجامعية ،الإسكندرية،1988،ص429و431.

[6]ممدوح بن رشيد الرشيد العنزي:الحماية الجنائية لبطاقات الدفع الإلكتروني من التزوير،مرجع سابق،ص55.

**ثانياً**–البيانات المعالجة إلكترونيا على الشريط الممغنط(البيانات الممغنطة)،ومدىانطباق وصف المحرر عليها

**1**– تعريف الشريط الممغنط

و هو عبارة عن شريط بلاستيكي مغطى بمادة معدنية قابلة للمغنطة،ويبلغ عرضه من ربع إلى نصف بوصة،مثَبت على خلفية البطاقة،والفكرة التي يُبنى عليها عمل هذا الشريط هي نفس الفكرة التي تسجَل بها علـى شـريط التسـجيل الصوتي،فيتَم تسجيل البيانات في شكل نقاط مغناطيسية على الشريط مغطَى بأكواد تعريف،وهذه الأخيرة تـدخل في عملية التشفير،بحيث يمكن للحاسب الآلي التعامل معها وفك شفرتها والحصول على البيانات دون تشفير.[1]

وتنظم هذه البيانات داخل الشريط على شكل وحدات،وهذا الشريط ينقسم إلى ثلاثة قطاعات طبقاً للمعـايير الموضوعة من المنظمة العالمية للتقييس(ISO)[2]International Standard Organisation،الأوَل يحتوي على المسار المعلوماتي للبطاقة من بيانات ومعلومات،والثاني على المواصفات المادية للبطاقة،والثالث يتَم فيـه تحديـد المواصفات الخاصة بالطباعة النافرة وعمليات التشفير،ويخصص القطاعان الأوَل والثاني للقراءة فقط،أما الثالث فهـو للقراءة والكتابة،وأهمية هذا القطاع تكمن في أنَه يسجَل عليه جميع بيانات المعاملة وتواريخ السحب من الموزَعات الآلية للنقود،والدفع من نقاط البيع.[3]

كما تجدر الإشارة في هذا الصدد أنه يوجد نوعان من الأشـرطة الممغنطـة تتضَـح في:الشـريط الممغـنط العادي، ويتكَون من بيانات متغيرَة،وهي البيانـات الـتي يتطلَبـها الحاسـب الآلي مـن أجـل تحديـد هويـة العميل(صاحب البطاقة)،وهذا النَوع يفتقر لوسائل التأمين اللازمة للوقـوف أمـام التحريـف الـذي قـد يقـع على البطاقة،أي لمنع التلاعب في مضمون الشـريط بالنسـخ أو بـالتحوير أو بالاسـتبدال،والنوع الآخـر مـن الأشرطة هو الشريط الممغنط ذو البيانات الدائمة،حيث يتشكَل هذا الشريط مـن بيانـات ثابتـة مثـل العلامـة المائية الممغنطة[4]،والتي ترتبط شفرياً وخوارزمياً بالبيانات المتغيرَة،الأمـر الـذي يجعـل عمليـة التزييـف عمليـة صعبة.[5]

**2**– مدى انطباق مفهوم المحرَر على البيانات المدرجة في الشريط الممغنط

لقد تباينت آراء الفقه حول اعتبار البيانـات المدرجـة علـى الشـريط الممغـنط أنهـا تـدخل تحـت مفهـوم المحَرر،وذلك على التفصيل الآتي:

**الاتجاه الأول**:يرى أصحاب هذا الاتجاهأنه لايمكن تطبيق النصوص الجزائيـة التقليديـة الخاصـة بجريمـة التزويـر في المحرَرات على المعطيات والبيانات المخزَنة بالشكل الإلكتروني،ويُدعَم هذا الرأي موقفه بالحجج التالية:

---

[1]إيهاب فوزي السقا:الحماية الجنائية والأمنية لبطاقات الائتمان،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2007،ص160و161.

[2]وهي اتحاد عالمي مقره في جنيف ويضَم في عضويته أكثر من(90)هيئة تقييسوطنية،جاء اختصارها (Iso) اعتماداً على الكلمة اليونانية (Isos)والتي تعـني(Equal)متسـاوي،كما تعَرف هذه المنظمة بأنها:" اتحاد عالمي ومنظمة غير ربحية،تضَم في عضويتها ممثَلي أكثر من 561 هيئة تقييس وطنية،وتتمثل جهودها في خلق مواصفات ومقاييس موحَدة ومقبولة مـن كل الأطراف والدول لتقييم جودة المنتجات والخدمات المتبادلة تحت ضوابط ومقاييس تحقق الجودة في ظَل تحرير التجارة"،وتعتبر هذه المنظمة إحدى وكالات الأمم المتحدة المتخصَصـة في مجال توحيد القياس العالمي لمختلف السلع والمواد والخدمات. ارجع بخصوص ذلك إلى:سعيدي سليمة:أمن المعلومات وأنظمتها في العصر الرقمي،الطبعة الأولى،دار الفكر الجـامعي، الإسكندرية، 2017، ص128.

[3] رياض فتح الله بصلة:جرائم بطاقة الائتمان(دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها)،الطبعة الأولى،دار الشروق،القاهرة،1995،ص51.

[4]تعرف العلامة المائية بأنها:عدد فريد يتشكَل من نسق دائم من نبضات التشفير في صميم البناء المادي للشريط المُمغنط، وترتبط بيانات العلامـة المائيـة والبيانـات المتغيَـرة بمفتـاح شفري،عبارة عن خوارزمية محدَدة،يتم تشفيرها على الشريط بشكل ملحوظ أو متداخل،فالعلامة المائية المُمغنطة هي عملية تشفير ثابتة يصعب العبث بمحوها.نفس المرجع،ص58.

[5]رياض فتح الله بصلة:البطاقات الائتمانية الممغنطة ومخاطر التزوير،المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب،المجلد 10، العدد19،الرياض،1995 ، ص129.

أنَ عدم إمكانية القراءة البصرية لمحتويات هذا النوع من المحرَرات،فكرة المعالجـة الإلكترونيـة الـتي تجـرى لهـذه البيانات والمعلومات،التي لا تعبَر عن فكرة بشرية، هي مجرَد فكرة ميكانيكية للآلة القارئة.[1]

وفي هذا يتَجه الفقيه الألماني(ulrichsiber)إلى القـول بـأنَ تزويـر البيانـات الـواردة في البطاقـة بطريقـة إلكترونية لا يمكن إدراجها تحت مظلة النصوص التقليدية المعاقبة علـى جريمـة التزويـر في المحـررَات،لأنَ هـذه الأخيرة في قوانين أغلـب الـدول( إيطاليا،النمسا،سويسـرا و فرنسـا)،إلى جانـب قـوانين الـدول المتـأثَرة بتشريعاتها،إنَما تشترط إمكانية القراءة بالعين المجرَدة لمحتويات المحرَر المكتوبـة عليه،وهـذا مـا لا يتـاح بالنَسـبة للبيانات الإلكترونية المدرجة في الشريط الممغنط أو قرص الحاسوب ،بحيـث يضـيف قـائلاً أنَ الفقـه والقضـاء الجنائي قد استقرَ على أنَ الأسطوانة أو شريط التسجيل الذي تُسـجل عليـه عبـارات أيـاً كانـت أهميتـها،لا تعتبر محررًا ولا يعدَ تبعاً لذلك التغيَر الذي يطرأ عليه تزويراً.[2]

ويرى الفقيه النرويجي (schjolberg)،أن تطبيق قواعـد التزويـر الـواردة في الأحكـام العامـة علـى التغيير الواقع على البيانات المخزَنة بطريقة إلكترونية أو كهرومغناطيسية،هو فرض بعيـد عـن التصـوَر القـانوني السليم،زيادةً على ذلك أن اختلاف بيئة المعالجة الإلكترونية عـن البيئـة الكلاسـيكية لتزويـر المحرَرات،يتطلَـب ذلك ضرورة وجود تشريعات حديثة تُساير هذه التحوَلات الواقعة في هذا المجال.[3]

**الاتجاه الثاني:**

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن التزوير يشمل أيضاً البيانات المخزَنة في الشريط الممغنط للبطاقة،إذ أنه من الصعوبة أن نعتبر تعديل البيانات الموجودة في جسم البطاقة تزويراً، ونستبعده إذا امتَد التحريف إلى البيانات المخزَنة على الشريط الممغنط،ولا ينفي وقوع جريمة التزوير أن تلك البيانات المخزَنة على الشريط الممغنط يصعب رؤيتها بالعين المجرَدة،إذ من الممكن التعرَف عليها وقراءتها وفقاً للقواعد والإجراءات الخاصة بها.[4]

ويؤكَد أصحاب هذا الاتجاه أن التحريف الواقع على البيانات المخزَنة بالشكل الإلكتروني تتحقَق معه جريمة التزويـر الواقعة على المحررَات ،ويبررَون موقفهم هذا بالحجج التالية:

أنَ الفقه والقضاء الجنائي يقبل تطبيق جريمة التزوير على الأوراق المثقبة(الأوراق التي تستعمل لإدخال البيانات علـى الأجهزة إلكترونياً والتي تعدَ من الطرق البدائية)،إلى جانب أن البيانات المعالجة بطريقة إلكترونية متى كتبـت علـى أسطوانة أو شريط ممغنط فإنَها تعدَ محرراً،بمعنى أن تحريف الحقيقة الوارد عليه يؤدَي إلى تحقَق جريمة التزوير.[5]

إلا أن هذا الرأي كان محل انتقاد للأسباب التالية:

إن التكافؤ بين الأوراق المثقبة والبرامج والبيانات المعالجة بالصيغة الإلكترونية غير صحيح،لأنَ هذه البطاقات يمكـن قراءتها بالعين المجرَدة وليست حكراً على الآلة أو جهاز محدد لمعرفة مضمونها،كما أنَ هذه المساواة تؤدَي إلى القيـاس الذي لا يجوز تطبيقه في مجال التجريم[6]،وأنَ تعريف المحرَر المسلَم به فقهاً وقضاءً يشترط أن ينتقل معناه إلى الشـخص

---

[1]عماد علي الخليل:الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى،دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2000ص60،61 .

[2]معادي أسعد صوالحة:بطاقات الائتمان ( النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية والأمنية،دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى،المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،2011،ص358.

[3]عماد علي الخليل:الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء(دراسة مقارنة)،مرجع سابق، ص62.

[4]ممدوح بن رشيد الرشيد العنزي:الحماية الجنائية لبطاقات الدفع الإلكتروني من التزوير،مرجع سابق،ص58.

[5]معادي أسعد صوالحة:بطاقات الائتمان(النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية والأمنية)،مرجع سابق،ص360،361.

[6]عماد علي الخليل:الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء(دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص65.

المتلقَي بالنظر،وأن يدَل بذاته على من ينسب إليه،وكلا العنصرين غير متحقَق في المعطيات الإلكترونيـــة والبيانـــات المخزنة على الأشرطة الممغنطة أو الشرائح الرقائقية أو أقراص الحاسب الآلي.[1]

**– موقف محكمة النقض الفرنسية**

بالرجوع الى حكم محكمة النقض الصادر في 21 فبراير 1995، ورد في هذا الحكم اعتراف المحكمة بالشريط الممغنط وما يتضمَنه من بيانات ظاهرة و أنَه يدخل في مفهوم المحرَر حتى ولو اقتضى هذا المحرَر جهازاً مناسباً لقراءته وتوضيح مدلوله،وعليه رفضت المحكمة الطعن المقدَم ضَد حكم محكمة استئناف(Rouen)،حيث أدانت المحكمة المتهم بجريمة التزوير في المحررَات الخاصة،وذلك لقيامه بنسخ المعلومات الظاهرة على الأشرطة الممغنطة للبطاقات الزرقاء المســـروقة على بطاقات فارغة.[2]

وأمام هذا الجدل الفقهي الواقع بشأن إمكانية أو عدم إمكانية تطبيق فكرة المحرَر علـــى البيانـــات الـــواردة علـــى الشريط الممغنط للبطاقة الائتمانية،وبالتالي تطبيق نصوص جريمة التزويـــر علـــى أيَ تحريـــف يقـــع علـــى هـــذه البيانات، و هذه المسألة تتطلَب وضع نصوص قانونية خاصة تُعاقب على هذا الفعل.

**الفرع الثاني:الركن المادي في جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية**

**أولاً:** تغيير الحقيقة

حيث يستلزم أن يكون تغيير الحقيقة في البطاقـــات الائتمانيـــة،كما هـــو الحـــال في المحـــرَرات الكلاســـيكية،إذ يشترط أن يطال جوهرها،بحيث تتغيَر البيانات المدرجة فيها،أو تتـــأثر بهـــذا التحريـــف،ويُمكن أن ينصَـــب هـــذا التغيير على بعض بيانات البطاقة(التغيير الجزئي)،أو قد يكون التغيير كليـــاً حيـــث يـــتمَ بموجـــب هـــذا الأخـــير خلق بطاقة بكل بياناتها بطريقة غير قانونية.[3]

وعليه يستلزم لكي تكون البطاقة صحيحة أن تتطابق بياناتها مع بيانات الحامـــل الشـــرعي لها،فـــإذا حـــدث أيَ تحريف لهذه المعلومات،تقوم جريمة التزوير في مواجهة الفاعل.[4]

**ثانياً:أن يحدث التحريف بإحدى الأساليب المنصوص عليها قانوناً**

**1– التزوير الكلَي للبطاقة الائتمانية**

**أ– اصطناع البطاقة الائتمانية**

يُعرَف الاصطناع وفقاً للأحكام العامة بأنَه:إنشاء محرَر بأكملـــه لم يكـــن لـــه وجـــود،أي خلـــق محـــرَر ونســـبة صدوره على خلاف الحقيقة إلى شخص لا علاقة له به،أو إلى سلطة لم يصدر عنها.[5]

وفي مجال البطاقات الائتمانية يمكن تعريفه بأنه،صنع بطاقة ائتمانية بأكملها لم يســـبق لهـــا وجـــود، ونســـبتها إلى شخص لا علاقة له بها،أو إلى سلطة لم تتولى إصدارها.

---

[1] معادي أسعد صوالحة:بطاقات الائتمان(النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية والأمنية،مرجع سابق،ص361.

[2] محمد نور الدين سيد عبد المجيد:المسئولية الجنائية عن تغيير الحقيقة في بطاقات الوفاء والائتمان،مرجع سابق،ص101.

[3] عبد الجبار الحنيص:الحماية الجزائية لبطاقات الائتمانالممغنطة من التزوير،مرجع سابق،ص165.

[4] ممدوح بن رشيد الرشيد العنزي:الحماية الجنائية لبطاقات الدفع الإلكتروني من التزوير،مرجع سابق،ص59و60.

[5] فتوح عبد الله الشاذلي:شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)،الكتاب الأول الجرائم المضرة بالمصلحة العامة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،1999،ص377.

ومع النجاح في تقليد طرق التأمين بها ،كالصورة المجسَمة ثلاثية الأبعاد بواسطة استعمال أجهزة فائقة التقنية،فالاصطناع في هذه الحالة يتَم على الجسم البلاستيكي للبطاقة وما عليه من نقوش،طباعة،كتابات،هولوجرام،شريط ممغنط،حروف نافرة،صورة العميل،وشريط التوقيع. ولعلَ أوضح مثال نبين فيه طرقالتزوير الكلي للبطاقة الائتمانية هو ما حدث في القضية التي جرت أحداثها بين هونغ كونغ وتايوان،أدى فيها معمل الخطوط والمستندات التايواني دورا بارزاً،وصدر عنها أوَل تقرير علمي يعكس الدور المتنامي لخبراء الخطوط والمستندات في عصر الجريمة ذات التقنية العالية، و لوحظ أنَ العصابة الإجرامية قد اتخذت لنفسها مصنعاً لصناعة البلاستيك في منطقة تابعة لمدينة تايي(Taipei)، وبمتابعة أفراد العصابة وجد أنهم بدؤوا بشراء التجهيزات المادية اللازمة لإنتاج البطاقة وهي الشريط الممغنط،وأدوات،وآلة تصوير،وآلة طباعة الشبكة النافرة(Embosser)،وآلة لتشفير البيانات على الشريط الممغنط(Encoder)،وآلة تغليف البطاقة(Laminator)،ولقد كان أفراد العصابة يتلقون من متعاونين معهم أسماء ،أرقام ،وشفرات لبطاقات ائتمان حقيقية ومتداولة،حيث يقوم أفراد العصابة بنقل هذه البيانات إلى البطاقات الممغنطة تقليداً لنظائرها الصحيحة،ثم يبيعوا هذه البطاقات المقَلدة إلى منظمات إجرامية أخرى لترويجها ولاستخدامها في اليابان،تايوان،وهونغ كونغ،بمبالغ مالية كبيرة،وفي وكر الجريمة تمكَنت السلطات التايوانية من ظبط حوالي (30) بطاقة" أمريكان إكسبريس" و(981) بطاقة ذهبية،و(1155) بطاقة داينرز كلوب.[1]

كما توجد طريقة أخرى للتزوير الكلَي الوارد على البطاقة تتوضَح هذه الأخيرة في سرقة بطاقات كاملة التجهيز المادي من الشركات المنتجة أو من البنوك عن طريق الشركاء بداخل الشركات أو البنوك ثم بيعها وتزويرها،ومن المعالم الدَالة على التزوير الكلَي للبطاقة نجد:

-التباين في الشكل وحجم المعلومات المطبوعة طباعة ظاهرة بالبطاقة الممغنطة عند مقارنتها ببطاقة صحيحة،.

- عدم تثبيت الشريط الممغنط وشريط التوقيع خلف البطاقة بطريقة دقيقة، إذ من الممكن نزعها بسهولة عن طريق أظفر الإصبع.

- الميل إلى إغفال طلاء الرؤوس للطباعة النافرة، وخلو البطاقة المصطنعة من التأمينات غير المرئية والسرَية المميَزة للبطاقة الصحيحة.

- إمكانية عدم تطابق بين البيانات المشفَرة على الشريط الممغنط والبيانات المقروءة بصرياً والمطبوعة طباعة نافرة.

- إغفال العلامات الترابطية المميَزة لإصدار البطاقة الصحيحة أو الفشل في تقليدها بمواصفاتها المميَزة،عند التحقق من البطاقة أحياناً وما عليها من نقوش وكتابات، اذ يُلاحظ خلوَها ممَا تتميَز به البطاقة الصحيحة من دَقة ووضوح وانتظام وتنسيق، ويشوبها التقطَعات والتشوَهات المطبعية.

[1]رياض فتح الله بصلة:جرائم الاحتيال بالبطاقات الائتمانية وأساليب مكافحتها،أعمال ندوة تزوير البطاقات الائتمانية،الطبعة الأولى،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،مركز الدراسات والبحوث،الرياض،ص93،92.

-خلو البطاقة الممغنطة من الخواص المميزة للطباعة الجهرية نتيجة للنقص في الإمكانات في آلات التصوير التجارية التي يستعملها مرتكبي جريمة التزوير.[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه يوجد جانب من الفقه قد نفى فكرة اصطناع البطاقة مستنداًعلى الحجةوجود صعوبة تتمثل في استحالة وجود المادة البلاستيكية المصنوعة منها البطاقة الأصلية،ويصعب أيضاً توافر الشريط الممغنط الذي يوضع خلف البطاقة.[2]

غير أنه يمكن الرَد على هذا الرأي بالقول أنَه أصبح من السَهل جداً تزوير بطاقات الدفع الإلكتروني،وأنَ توافر المادة البلاستيكية التي تدخل في تكوين البطاقة من السَهل الحصول عليها باعتبار أنَ أيَ قطعة بلاستيكية قد تُوفي بالغرض إذا كانت مشابهة للبطاقة الأصلية،كما أنَه في ظَل وجود التقنية الحديثة،فإنَ ذلك يمكن الجاني من صنع بطاقة جديدة لم يكن لها وجود سابقاً،إذ أن البطاقة تصنع من مادة بلاستيكية ومن ثَم فمن السَهل صهر أيَ بطاقة أخرى وإعادة تصنيعها لتخرج بشكل البطاقة التي يرد عليها التحريف بذات الشكل والحجم،أو الحصول على بطاقة منتهية الصلاحية أو مسروقة ثم نزع ومسح بياناتها الأصلية.[3]

**ب- التقليد**

يُعَرفالتقليد وفقاً للأحكام العامة بأنَه:صناعة شيء مشابه لشيء آخر،وفي مجال التزوير فإنَ التقليد هو إنشاء كتابة شبيهة بأخرى.[4]

ويُعرَف التقليد في إطار البطاقات الائتمانيةبأنهَ:صناعة بطاقة سحب أو وفاء على غرار بطاقة أخرى.[5] ويمكن تعريفه أيضا بأنَه:إنشاء(صنع) بطاقة ائتمانية شبيهة ببطاقة أخرى.

وتقليد البطاقة يستوجب ضرورة وجود بطاقة صحيحة أو بطاقة منتهية الصلاحية حتى يتمكَن مرتكب هذا الفعل،من تزويرها عبر تقليد ما عليها من أرقام،أو أحرف،بأرقام أخرى حصل عليها بطريقة غير مشروعة،أو قيامه بتقليد الشريط الممغنط الموجود خلف البطاقة، ونسخ بيانات البطاقة الأصلية إلى البطاقة المزورة وتتَم تلك العملية إلكترونياً.[6]

ونُنوَه في هذا الصدد إلى أنَه يوجد رأي يتَجه إلى القول بأنَ التقليد يدخل في مفهوم الاصطناع أو بالأحرى يجوز القول أنَ كل من التقليد والاصطناع مرادفان لشيء واحد يتوضح في إنتاج بطاقة مزوَرة على غرار بطاقة صحيحة،إضافة إلى أنَه لا مجال للقول بوجود هذا الاختلاف الجوهري بين كل من التقليد والاصطناع والمتمثَل في ضرورة تشابه خط المحرَر المقلَد مع خط المحرَر الصحيح بالنسبة للتقليد،في حين لا ضرورة لذلك بالنسبة للاصطناع،حيث أن البطاقة ليست محرَراً يتَم تحريره بخط اليد حتى يحرص المزور على ضرورة تطابق خطه مع المحرَر الأصلي،لأنَ كافة البطاقات الصادرة من نوع معيَن ،ونذكر على سبيل المثال:ماستر كارد أو فيزا،تتطابق كلَها في شكل الخط والعلامات الموجودة على البطاقة،وإن اختلفت في بعض بياناتها،كما أنَ تقليد أو اصطناع البطاقة لا بدَ أن يكون مطابقا تماما للمواصفات القياسية والشكلية الموضوعة لصناعة البطاقة الصحيحة،وعليه فسواء تم َتقليد البطاقة أو

---

[1] رياض فتح الله بصلة:جرائم بطاقة الائتمان(دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها)،مرجع سابق،ص110،111.

[2] سامح محمد عبد الحكم:الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان(جرائم بطاقات الدفع الإلكتروني)،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية،القاهرة،2003ص54.

[3] ممدوح بن رشيد الرشيد العنزي:الحماية الجنائية لبطاقات الدفع الإلكتروني من التزوير،مرجع سابق،ص61،62.

[4] فتوح عبد الله الشاذلي:شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، مرجع سابق، ص376،377 .

[5] جميل عبد الباقي الصغير:الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة(دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري)، الطبعة الثانية،دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص132.

[6] ممدوح بن رشيد الرشيد العنزي:الحماية الجنائية لبطاقات الدفع الإلكتروني من التزوير،مرجع سابق،ص62.

اصطناعها فهي بلا شك على غرار بطاقةصحيحة مطابقة لها في كل رموزها وعلاماتها،وإن كان التباين يتوضح في أن بيانات البطاقة المقلَدة هي بيانات حقيقة مأخوذة من بطاقة سارية،في حين هي بيانات قد تكون وهمية لا وجود لها بالنسبة للاصطناع.[1]

### ج- الخطوات الفنية المتبعة في التزوير الكلَي

تبدأ عملية التزوير الكلَي للبطاقة عبر تقليد الطَباعة والنقوش والرسوم على بلاستيك،ثم تغليف البطاقة،ولصق الهولوجرام والشريط الممغنط وشريط التوقيع،ثم اصطناع الشريط الممغنط إمَا بالنَسخ وإمَا بالتشفير،ثم وضع الطَباعة النافرة من خلال إنشاءها .بمعلومات قصد الحصول عليها بطريقة غير مشروعة، و بعدها تداول البطاقة واستعمالها في اقتناء السلع. وفي حالة ما إذا توفَر للمزيف الرقم السَري المتوافق مع بطاقة ما،فيمكن للمزوَر صنع بطاقة بلاستيكية خالية من أيَ بيانات،ويثبَت عليها الشريط الممغنط،ثم تشفير واستنساخ بيانات صاحب البطاقة،وصنع نسخ عديدة منها،ثم يتم استعمال البطاقة في الحصول على أموال من الموزَعات الآلية،ولأن َكلَ الرؤوس الكاتبة/القارئة المستعملة في أجهزة الموزع الآلي قد تمَ تصميمها بحيث تقرأ حتى البطاقة ذات الجودة الضعيفة،فإنَ تزيفاً متوسط الجودة للبطاقة يمكن أن يقبل بسهولة بواسطة هذه الرؤوس على أنها بطاقة صحيحة،ويطلق على هذه الطريقة في التزوير أحياناً التحايل ببطاقات خالية.[2]

### 2-التزوير الجزئي للبطاقة الإئتمانية(التغيير في بيانات البطاقة)

### أ- وضع إمضاءات مزورة على البطاقة

من المعروف أنَه من بين محتويات البطاقة وجود شريط خاص بالتوقيع خلف البطاقة،أياً كان نوعها،فأهمية هذا الشريط تتَضح في صورة توقيع صاحب البطاقة عليه عند استلامه للبطاقة،وتتَضح فائدة هذا التوقيع في اعتباره أنَه وسيلة يتَم التأكَد بمقتضاها من شخصية أو هوية صاحب البطاقة،عند استعمالها في الوفاء لدى المحلات التجارية التي تقبل التعامل بها،وذلك عن طريق مضاهاة التوقيع الوارد على ظهر البطاقة بتوقيع صاحب البطاقة على إيصال أو فاتورة البيع.[3]

فهنا يستطيع سارق البطاقة أو الشخص الذي عثر عليها أن يضع توقيعه عليها إذا كانت البطاقة لا تحتوي على توقيع صاحبها الحقيقي،ثم يقوم بنسخها عند التوقيع على الفواتير لدى المحلات التجارية التي تتعامل بها.[4]كما أنه يمكن للشخص القائم بعملية التزوير أن يقوم أيضاً بتحريف التوقيع إذا كان هذا الأخير

[1]محمد نور الدين سيد عبد المجيد:المسئولية الجنائية عن تغيير الحقيقة في بطاقات الوفاء والائتمان،مرجع سابق، ص128،129 .

[2]رياض فتح الله بصلة:جرائم بطاقة الائتمان(دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها)،مرجع سابق،ص109،110.

[3]محمد نور الدين سيد عبد المجيد:المسئولية الجنائية عن تغيير الحقيقة في بطاقات الوفاء والائتمان،مرجع سابق،ص133.

[4]سامح محمد عبد الحكم:الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان(جرائم بطاقات الدفع الإلكتروني)،مرجع سابق،ص 52.

موجوداً على البطاقة،وذلك من خلال كشط هذا الشريط المخصَص للتوقيع[1]،بأداة حادَة وهذا متاح للجانيكل سهولة،بدليل أن المادة التي يصنع منها الشريط المخصَص للتوقيع تسهل على المزوَر مهمَته،كون أنَ هذا الشريط يتكوَن من مادة قابلة للكشط بسهولة،ثم يقوم الجاني بعد كشط الشريط بإلصاقشريط توقيعآخر،وبذلك تكون البطاقة خالية من إمضاء صاحبها الحقيقي،ويتَم إمَا وضع إمضاء الشخص القائم بالتزوير،حتى يسهل نسخه على الفواتير،وإماَ توقيع وهمي من نسج خياله.[2]

**ب- التغيير في البطاقة (الإمضاءات أو بيانات البطاقة)**

قد يقع التحريف على بيانات البطاقة المرئية قبل تعديل تاريخ صلاحيتها المكتوب بحروف ظاهرة على وجهها، وذلك بإطالة مدة سريان مفعول البطاقة،أو تغيير إسم صاحب البطاقة أو توقيعه.[3]

**ج- وضع أسماء أو صور أشخاص آخرين على وجه البطاقة**

من الثابت أنَه عند فقد أو سرقة البطاقة لا توجد طريقة تُمكَن من التأكَد من هوية العميل(صاحب البطاقة الحقيقي)،سوى مضاهاة التوقيع أو سؤال التاجر عن إثبات شخصية العميل،وقلَما يحدث ذلك،حيث يُؤكَد البعض أنَه مما يزيد طرق الغش والاحتيال باستعمال البطاقات في عمليات الوفاء أو الدفع لفائدة التاجر ،أن هذا الأخير لا يُتاح له التأكَد بشكل عملي من صَحة البطاقة وكذا صاحبها الحقيقي،حيث أنَه لا يطلب إثبات هوَية صاحب البطاقة عند السداد بها،إضافة إلى أنَه لا يقوم،إلا نادرا بالمقارنة بين الإمضاء الوارد في الفاتورة والآخر الوارد على شريط التوقيع المتواجد خلف البطاقة،لذلك زادت نسبة الغش والاحتيال باستعمال البطاقة من قبل المزوَرين،ولمواجهة ذلك يُؤكَد البعض بضرورة التأكَد عن طريق التاجر من شرعية الحامل للبطاقة،وأيسر طريقة لهذا الأمر هي وضع صورة صاحب البطاقة الحقيقي على البطاقة.[4]

ومع ذلك فقد يتَم ممارسة التزوير من قبل المزوَرين للبطاقة،وذلك من خلال وضع إسم الجاني مكان إسم صاحب البطاقة الحقيقي،أو عن طريق نزع صورة العميل(الحامل الشرعي للبطاقة الإئتمانية)،ووضع صورة الجاني إذا كانت البطاقة تحتوي على صورة، ذلك أنَ تغيير إسم صاحب البطاقة الحقيقي يتم بتحريف الحروف الظاهرة للإسم من على البطاقة أو زيادتها أو محوها ليتغيَر بذلك الإسم ويختلف عن إسم صاحب البطاقة الحقيقي،أما تغيير صورة الحامل الشرعي للبطاقة فيكون من خلال نزع صورة صاحب البطاقة الأصلي بحرص ودقة، عن طريق العديد من الآلات الحديثة التي تُستعمل في إحداث ذلك والتي تتميَز بالدَقة في استعمالها وصعوبة اكتشاف ما خلفته من بيانات مزوَرة.[5]

---

[1] شريط التوقيع هو عبارة عن طبقة رقيقة من مواد متماسكة على هيئة شريط مترسب على سطح البطاقة أسفل الشريط الممغنط،وهذه المواد ذوات صقل وسطح من شأنه أن يقبل الكتابة عليه بالأرقام الجافة،ورغم تماسك مادة الشريط إلا أنها هشة إذا تعرضت لمحو آلي بواسطة أداة حادة،حيث تتساقط حبيبات الشريط كاشفة عن سطحالبطاقة. ارجع بخصوص ذلك إلى:رياض فتح الله بصلة:جرائم بطاقة الائتمان(دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها)،مرجع سابق،ص62.

[2] محمد نور الدين سيد عبد المجيد:المسئولية الجنائية عن تغيير الحقيقة في بطاقات الوفاء والائتمان،مرجع سابق، ص134،135 .

[3] سامح محمد عبد الحكم:الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان(جرائم بطاقات الدفع الإلكتروني)،مرجع سابق،ص 53.

[4] محمد نور الدين سيد عبد المجيد:المسئولية الجنائية عن تغيير الحقيقة في بطاقات الوفاء والائتمان،مرجع سابق، ص136،137 .

[5] جميل عبد الباقي الصغير:الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة(دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري)، مرجع سابق، ص125،126 .

**د–دلالات التزوير الجزئي الوارد على البطاقات الإئتمانية**

و يتجلَى ذلك في التشوَه في بعض مواضع الشريط الخاص بالتوقيع نتيجة للمسح،الكشط أو الإزالة،ظهور بعض البقع اللونية غير المألوفة على سطح البطاقة نتيجة للمحو الكيميائي،ظهور تقطَع على حواف الصورة المجسَمة،الإختلاف في مواصفات وشكل البطاقة عند مقارنتها ببطاقة أصلية من إصدارات ذات البنك أو المؤسسة المالية،ظهور رؤوس الكتابات المحفورة بطريقة غير منتظمة و بها بعض التآكلات، واختلاف البيانات المشفَرة آلياً أو عند قراءتها بصرياً.[1]

**ت– التزوير في المعلومات**

وهو أخطر أنواع التزوير وأحدثها من حيث الأسلوب فقد تطوَرت أساليب التزوير الواقعة على البطاقات الإئتمانية مع تطوَر أساليب المكافحة والعكس صحيح،فقد بدأت الجريمة بالتزوير بمحتويات البطاقة الظاهرة على متنها، إلاَ أنَه مع استعمال التقنيات الحديثة في البطاقة ومنها الشريط الممغنط والشريحة الإلكترونية ،من خلال الأجهزة الحديثة لتنفيذ عمليات الشراء الإلكترونية كنقاط البيع المباشرة ،والتي لا تحتاج إلى ما تتضَمنه البطاقة من بيانات ظاهرة كالإسم والرقم وتاريخ الصلاحية، وإنمَا تتعامل مع هذه البيانات بواسطة الشريحة الإلكترونية أو الشريط الممغنط، وبالتالي فانَ تحريف المعلومات الواردة فيها وتزويرها دون المساس بمظهر البطاقة، يساعد على استكمال عناصر الجريمة حيث أن المعلومات الظاهرة صحيحة والمعلومات وإن كانت لا تتطابق مع ما هو ظاهر إلاَ أنَها قابلة للاستعمال وتعود لبطاقة صحيحة،وبالتالي فإنَ جانب التزوير في المعلومات يستوجب أسلوب كشف مختلف نوعاً ما،حيث يتطلَب قراءة البطاقة آلياً ومقارنة بياناتها مع ما يظهر عليها خارجياً،كما يستوجب الأمر وجود تشريع يُجرَم مثل هذه العمليات،بالإضافة إلى متابعة الأجهزة التي يمكن استخدامها في عمليات إعادة التشفير.[2]

**الفرع الثالث: الركن المعنوي في جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية**

إنَ مفهوم الركن المعنوي في جريمة تزوير البطاقة الإئتمانية لا يخرج مدلوله عما هو وارد في الأحكام العامة لجريمة التزوير،حيث يشترط أن يتوافر في تزوير البطاقات الإئتمانية تحقَق الركن المعنوي بعنصريه،القصد الجنائي العام والذي يتوضح في علم الجاني بعناصر الجريمة،وانصراف إرادته المدركة إلى اقتراف هذه العناصر،وكذلك القصد الجنائي الخاص والمتجسَد في نَية استخدام البطاقة فيما زُوَرت لأجله[3]،إضافة إلى ذلك لا بدَ من تحقَق القصد الجنائي وقت ارتكاب فعل التزوير لهذه البطاقة،فإذا ظهر وجوده بعد وقوع فعل التزييف،فلا تترتَب جريمة التزوير،وإنَما يمكن أن تتحقَق جريمة استعمال بطاقة مزوَرة،وينجم عن ذلك أنَه إذا زوَر شخص بطاقة ائتمان لإثبات مهاراته،و لم تكن لديه نَية استخدام هذه البطاقة،وقام بعد ذلك

---

[1]عمر الشيخ الأصم:البطاقات الائتمانية المستخدمة الأكثر انتشار في البلاد العربية،أعمال ندوة تزوير البطاقات الائتمانية،الطبعة الأولى،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،مركز الدراسات والبحوث،الرياض،ص14،15.

[2]سعود عبد العزيز العثمان:إسهامات المصارف المركزية في مراقبة استخدام البطاقات الائتمانية،أعمال ندوة تزوير البطاقات الائتمانية،الطبعة الأولى،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،مركز الدراسات والبحوث،الرياض،2002ص148،149.

[3]إن استخدام البطاقة المزوَرة يكون الغرض منه إما القيام بعمليات السحب النقدي عبر الموزعات الآلية للنقود،أو استعمالها كأداة لوفاء ثمن السلع والخدمات المتحصَل عليها لدى التجار الذين يقبلون التعامل بها؛ ارجع بخصوص ذلك إلى:هدى حامد قشقوش:الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني،بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون،المجلد الخامس،كلية الشريعة والقانون،وغرفة صناعة وتجارة دبي،جامعة الإمارات العربية المتحدة،10-12 مايو 2003،ص585.

باستخدامها فلا تتحقَق جريمة التزوير في مواجهتــه،بل تتحقــق جريمــة اســتعمال بطاقــة مــزوَرة إذا تــوافرت أركانها الأخرى،كما لا يُعتدَ بالبواعث على التزوير،لأنهــا لا تــؤثَر في تحقَــق المســئولية الجزائيــة،وإنَما يمكــن الأخذ بها فيما يتعلق بتقدير العقوبة،فتُشدَد أو تخفَف حسبما إذا كان الدافع سيئاً أو حسناً.[1]

**الفرع الرابع: الضرر في جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية**

إنَ الضرر المتطلَب لتحقق تزييف البطاقات هو الضرر المــادي والمعنــوي والاجتماعي،حيــث أنَ الضــرر الــذي يصيب الحامل الشرعي للبطاقة يسبَب له خسائر مادية تتوضَح في سحب مبــالغ مــن رصــيده للوفــاء بعمليــات شرائية لم يُجريها،ونسبة تلك العمليات إليه،وبالنسبة للضرر الاجتماعي،فيظهر مــن خــلال فقــد تلــك البطاقــة لثَقة المتعاملين بها،وخاصةً إذا ارتكبت عمليات تزوير لعدد غير محــدَد مــن البطاقات،وبــالرغم مــن أنَصــاحب البطاقة وجهة الإصدار بوسعهم إثبات الضرر،فإنَه يقع على عاتق الجهــات المختَصــة بــالتحقيق إثبــات وقــوع التزوير،ولا يتسَنى ذلك إلاَ بمراقبة المزوَر ولو لم يستخدم البطاقة.[2]

## المطلب الثاني:عقوبة جريمة تزوير البطاقات الإئتمانية

### الفرع الأول:في القانون الإماراتي

تنَص المادة 01/13 من المرسوم بالقانون اتَحــادي رقــم(5) لســنة 2012 في شــأن مكافحــة جــرائم تقنية المعلومات على:"يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تقَــل عــن خمســمائة ألــف درهــم و لا تجــاوز مليــوني درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين كلَ من زوَر أو قلَد أو نسخ بطاقة ائتمانيــة أو بطاقــة مدينــة،أو أيَ وســيلة أخرى من وسائل الدفع الإلكتروني،وذلك باستخدام إحدى وسائل تقنية المعلومات،أو برنامج معلوماتي.[3]

### الفرع الثاني:في القانون السعودي

تــنص المــادة 383 مــن القــانون رقــم 11 لســنة 2004 الخــاص بجــرائم الحاســب الآلي مــن قــانون العقوبات:"يعاقب بالحبس مدَة لا تقَل عن سنة ولا تجاوز خمس ســنوات،وبالغرامة الــتي لا تقَــل عــن عشــرة آلاف ريال ولا تزيد على عشرين ألف ريال،كل من:

أ- زوَر بطاقة دفع آلي.

ب- استعمل بطاقة دفع آلي مزوَرة،أو مسروقة مع علمه بذلك.

ج- قبل بطاقات دفع آلي غير سارية،أو مزوَرة،أو مسروقة مع علمه بذلك.

د- صنع مُعَدات،أو الآلات المستخدمة في صناعة بطاقات الدفع الآلي بدون ترخيص.[4]

---

[1] عبد الجبار الحنيص:الحماية الجزائية لبطاقات الائتمانالممغنطة من التزوير،مرجع سابق،ص166،167.

[2] ممدوح بن رشيد الرشيد العنزي:الحماية الجنائية لبطاقات الدفع الإلكتروني من التزوير،ص65.

[3] المادة 01/13 من المرسوم بقانون اتحادي رقم(5) لسنة 2012،المؤرخ في 25 رمضان 1433 الموافق لـــــــــــــــــ 13 أغسطس 2012،في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات،دولة الإمارات العربية المتحدة،ص27.

[4] معوان مصطفى:التجارة الإلكترونية ومكافحة الجريمة المعلوماتية(الإثبات المدني والتجاري)،دار الكتاب الحديث،الجزائر،2010،ص528،529.

**الفرع الثالث:في القانون المغربي**

نصَت مدوَنة التجارة في المادة 331 على: يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 316 بخصوص وسائل الأداء موضوع هذا القسم:

1- كلَمن زيَف أو زوَر وسيلة أداء.

2- كلَ من استعمل عن علم أو حاول استعمال وسيلة أداء مزيَفة أو مزوَرة.

3- كل َمن قبل عن علم أداء بواسطة وسيلة أداة مزيَفة أو مزوَرة.

فكلَ من قام بإحدى هذه الأفعال أو الجرائم يعاقب بمقتضى المادة 316 التي تتعلَق بالعقوبات الجنائية الخاصة بالشيك حالة التزوير،حيث جاء فيها،يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات،وبغرامة تتراوح بين 2000 و 10000 درهم.[1]

**خاتمة:**

من خلال ما سبق الإشارة إليه في ثنايا هذه الدراسة يمكن القول بأنَ نَظام الدَفع بموجب البطاقات الائتمانية يتعرَض لجرائم عديدة،ولكن تُعدَ جريمة التزوير من أصعب الجرائم التي تمَس بنظام الدفع بموجب البطاقات الإئتمانية،ويرجع السَبب في ذلك إلى وقوع هذه الجريمة عبر المجال الافتراضي، ممَا يعني صعوبة اكتشاف المزوَر وكذا اكتشاف دلالات التزوير، فضلاً عن الصعوبة المتعلَقة بإثبات هذه الجريمة وتعقَب مرتكبيها. ولذلكارتأينااقتراح بعض التوصيات تتوضَح في:

- ضرورة تكوين كفاءات في هذا المجال ونقصد هنا بتكوين موظفين لهم دراية كافية بهذا المجال على مستوى البنوك.
- وضع نصوص قانونية خاصة تجرَم الاعتداء على البطاقات الائتمانية،عن طريق تخصيص قسم في قانون العقوبات يبين جريمة التزوير الواقعة على هذه البطاقات وأركان الجريمة والعقوبة المقرَرة لها،لأنَه لا يمكن تطويع نصوص قانون العقوبات وتطبيقها على نظام الدَفع بموجب هذه البطاقات،وذلك راجع للطبيعة الخاصة التي تتمتَع بها هذه الأخيرة.
- منح صفة الضبطية القضائية لموظفي البنك،وذلك لفتح المجال لهم بمعاينة هذه الجرائم وتعقَب مقترفيها.
- نشر الوعي لدى كل شرائح المجتمع،من خلال التوعية بالمخاطر المترتَبة عن تزوير البطاقات الائتمانية،والآثار السلبية الناجمة عن سوء استخدام هذه الأخيرة.

[1] رضوان غنيمي:بطاقة الائتمان بين الوضع القانوني المصرفي والتأصيل الفقهي،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية2010،ص.126،127.

## قائمة المراجع

**الكتب:**

**1**- إيهاب فوزي السقا:الحماية الجنائية والأمنية لبطاقات الائتمان،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2007.

**2**- جميل عبد الباقي الصغير:الحماية الجنائية والمدنية لبطاقات الائتمان الممغنطة(دراسة تطبيقية في القضاء الفرنسي والمصري)،الطبعة الثانية،دار النهضة العربية،القاهرة،2003 .

**3**-رضوان غنيمي:بطاقة الائتمان بين الوضع القانوني المصرفي والتأصيل الفقهي،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2010.

**4**- رياض فتح الله بصلة:جرائم بطاقة الائتمان(دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها)، الطبعة الأولى،دار الشروق،القاهرة،1995.

**5**- سامح محمد عبد الحكم:الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان(جرائم بطاقات الدفع الإلكتروني)،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية،القاهرة،2003.

**6**-سعيدي سليمة:أمن المعلومات وأنظمتها في العصر الرقمي،الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2017.

**7**- عماد علي الخليل:الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى،دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.

**8**- فتوح عبد الله الشاذلي:شرح قانون العقوبات(القسم الخاص)، الكتاب الأول الجرائم المضرة بالمصلحة العامة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، 1999.

**9**- محمد زكي أبو عامر وعلي عبد القادر القهوجي:القانون الجنائي(القسم الخاص)، الدار الجامعية،الإسكندرية، 1988.

**10**-محمد نور الدين سيد عبد المجيد:المسئولية الجنائية عن تغيير الحقيقة في بطاقات الوفاء والائتمان،الطبعة الأولى،دار النهضة العربية،القاهرة، 2008.

**11**-معادي أسعد صوالحة:بطاقات الائتمان ( النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية والأمنية،دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى،المؤسسة الحديثة للكتاب،لبنان،2011.

**12**- معوان مصطفى:التجارة الإلكترونية ومكافحة الجريمة المعلوماتية(الإثبات المدني والتجاري)،دار الكتاب الحديث،الجزائر،2010.

**المقالات :**

**1**- رياض فتح الله بصلة:البطاقات الائتمانية الممغنطة ومخاطر التزوير،المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب،المجلد 10،العدد19،،الرياض،1995.

**2**-عبد الجبار الحنيص:الحماية الجزائية لبطاقات الائتمان الممغنطة من التزوير،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،المجلد24،العدد الثاني،كلية الاقتصاد،جامعة دمشق،2008.

**3**-ممدوح بن رشيد الرشيد العتري:الحماية الجنائية لبطاقات الدفع الإلكتروني من التزوير،المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب،المجلد31،العدد62،كلية الشريعة والأنظمة،الرياض،2015،.

**المؤتمرات والملتقيات**

**1**- رياض فتح الله بصلة:جرائم الاحتيال بالبطاقات الائتمانية وأساليب مكافحتها،أعمال ندوة تزوير البطاقات الائتمانية،الطبعة الأولى،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،مركز الدراسات والبحوث،الرياض،2002.

**2**- سعود عبد العزيز العثمان:إسهامات المصارف المركزية في مراقبة استخدام البطاقات الائتمانية،أعمال ندوة تزوير البطاقات الائتمانية،الطبعة الأولى،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،مركز الدراسات والبحوث،الرياض،2002.

**3**- عبد الرحمان حسين عبد الرحمان:تقنية أنظمة المعلومات المستخدمة في البطاقات الإئتمانية،أعمال ندوة تزوير البطاقات الائتمانية،الطبعة الأولى،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،مركز الدراسات والبحوث،الرياض،2002.

**4**-عمر الشيخ الأصم:البطاقات الائتمانية المستخدمة الأكثر انتشار في البلاد العربية،أعمال ندوة تزوير البطاقات الائتمانية،الطبعة الأولى،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية،مركز الدراسات والبحوث،الرياض،2002.

**5**- هدى حامد قشقوش:الحماية الجنائية للتوقيع الإلكتروني،بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون،المجلد الخامس،كلية الشريعة والقانون،وغرفة صناعة وتجارة دبي،جامعة الإمارات العربية المتحدة،2003.

**النصوص القانونية:**

**1**-المرسوم الرئاسي رقم 14-252،المؤرخ 13 ذي القعدة عام 1435 الموافق لـ 8 سبتمبر سنة 2014،يتضمن التصديق على الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات المحررة بالقاهرة،بتاريخ 21 ديسمبر سنة 2010،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المؤرخة في 28 سبتمبر سنة 2014،العدد 57.

**2**-المادة 01/13 من المرسوم بقانون اتحادي رقم(5) لسنة 2012،المؤرخ في 25 رمضان 1433 الموافق لـ 13 أغسطس 2012،في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات،دولة الإمارات العربية المتحدة.

# مضمون التصريح بطبيعة البضائع في عقد النقل البحري

# The declaration of the nature of the goods in the maritime transport contract

ط . د /شيهاب عينونة

كلية الحقوق و العلوم السياسية.– بجامعة وهران 2– الجزائر–

**الملخص:**

يتعهد الناقل بنقل البضائع في السفينة عن طريق البحر لقاء أجر معلوم يدفعه الشاحن، و من أجل سير عملية النقل في أحسن حال يجب على الشاحن أن يقوم بالتصريح الصحيح بكل ما يتعلق بطبيعة البضائع بما فيها نوعها و قيمتها في سند الشحن حتى يكون الناقل على العلم التام بالإجراءات التي قد يتخذها عند الضرورة خصوصا إذا تعلق الأمر ببضائع خطرة، و تترتب المسؤولية على عاتق الشاحن عند الإخلال بهذا الإلتزام أو نتيجة التصريح غير صحيح للبضائع.

**الكلمات المفتاحية:** عقد النقل البحري،الشاحن،البضائع ،التصريح،المسؤولية.

**Abstract** :

The carrier commits to transport the goods on board the ship by sea for the payment of a fee payable by the shipper, for the transport to take place in the best case, the shipper must correctly declare the nature of the goods, including their type and value, in the bill of lading, so that the carrier is knows perfectly familiar with the procedures to be followed in case of need especially when it comes to dangerous goods, the responsibility lies with the shipper in breach of this obligation or because of an incorrect declaration of the goods.

**Keywords :** The contract for the carriage,the shiper,the goods , declare,the responsibility

.

**مقدمة**

لا يختلف عقد النقل البحري للبضائع في جوهره عن غيره من عقود نقل البضائع الأخرى إلا في وسيلة تنفيذه ألا و هي السفينة، تلك المنشأة البحرية التي تجوب البحار في مختلف الأقطار و الفصول مما يعرضها لمخاطر جسيمة، الأمر الذي يفرض تنظيم أحكام عملية النقل البحري و محاولة التوفيق بين تشجيع الإستثمارات في مجال التجارة البحرية،فعقد النقل البحري هو العقد الذي يتعهد فيه الناقل بأن ينقل بحراً بضاعة للشاحن لقاء أجر معلوم. [1]

و نظرا لخطورة الوسط البحري يتعين على الشاحن التصريح الصحيح و الدقيق عن البضائع المراد نقلها و ذكر جميع البيانات الخاصة بها منها نوعها و عددها و قيمتها مع وجوب تدوينها في سند الشحن حتى يكون الناقل على دراية كافية بطبيعة البضائع المنقولة، كما قد تستوجب الضرورة أن يشير الشاحن في سند الشحن على شروط درجة الحرارة الملائمة لكل بضاعة ، و على أساسها يلتزم الناقل بإحترام هذه الشروط و إتخاذ كافة التدابير اللازمة لتفادى وقوع أي ضرر، و في حالة التصريح الكاذب أو إغفال ذكر بعض البيانات فإن هذا حتماً سيعفى الناقل من كامل المسؤولية عند حدوث هلاك أو تلف بهذه البضائع نتيجة الإخلال بهذا الإلتزام من قبل الشاحن.

**الإشكالية القانونية:**في إطار عقد النقل البحري للبضائع كيف يقوم الشاحن بالتصريح عن طبيعة البضائع و ما هي البيانات الضرورية الواجب ذكرها في سند الشحن و المسؤولية الناتجة في حالة الإخلال بها ؟

**فرضية البحث:** و من منطلق هذه الإشكالية تظهر فرضية إمكانية إدراج تحفظات عن طبيعة البضائع في سند الشحن في حالة عدم تمكن الناقل من التحقق منها نظرا لضيق الوقت أو لحدوث ظروف طارئة في الميناء مثل الإضراب أو الحرب، و كدا فرضية في حالة إستعمال مستند نقل إلكتروني كوسيلة حديثة و الذي يذكر فيه جميع البيانات الخاصة بطبيعة البضائع و هوية الأطراف و يختلف فقط في وسيلة إبرامه بحيث يصدر دون التواجد المادي للأطراف بإستخدام وسائل إتصال حديثة عبر الأنترنت،و هذا قد يفتح مجال للغش أو القرصنة الإلكترونية.

**أهمية البحث:** تكمن أهمية البحث في أن المعرفة المسبقة لنوع و طبيعة البضائع المنقولة بحرا تساعد كثيرا في تفادي حدوث بعض الأضرار خصوصا إذا تعلق الأمر بنقل بضائع خطرة، بحيث يكون الناقل على علم بوجود بضائع خطرة على متن السفينة و معرفة طبيعة خطرها تمكنه من التصرف فيها عند حدوث أي طارئ إذا ما شكلت هذه البضائع خطرا على السفينة أو على الأشخاص أو على بضائع أخرى إما بالتخلص منها عن طريق رميها في البحر أو تخصيص لها مكان مناسب،مع الإشارة إلى أن بعض البضائع تتطلب درجة حرارة معينة أو برودة يجب على الناقل توفيرها طيلة الرحلة البحرية و لا يتحقق ذلك إلا إذا قام الشاحن بالتصريح الصحيح عن البضائع.

1- ذ/ محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري،دارا لجامعة الجديدة،طبعة 2003،ص111.

**منهجية البحث**: و من أجل التوصل إلى إجابة للإشكالية المطروحة إرتأينا تقسيم هذا البحث إلى نقطتين هامتين:

المبحث الأول: التصريح ببيان طبيعة البضائع و قيمتها

المبحث الثاني: مسؤولية الشاحن المترتبة عن عدم التصريح بالبضائع

## المبحث الأول: التصريح ببيان طبيعة البضائع و قيمتها

يلتزم الشاحن بتقديم كل البيانات الصحيحة عن طبيعة البضائع و قيمتها بما فيها وزنها و عددها، و من تم يتوجب على الشاحن أن يقدم بياناً دقيقاً عن البضاعة التي يعهد بها إلى الناقل، إذ على هذا الأساس تقوم مسؤولية الناقل إذا لم يقم بتسليم البضاعة حسبما هي موصوفة به في سند الشحن.[1]

و قد نصت على هذا الإلتزام جميع المعاهدات الدولية الخاصة بالنقل البحري للبضائع بدايةً من معاهدة بروكسل لسندات الشحن لسنة 1924 ، و كذا قواعد هومبورغ و إتفاقية روتردام الجديدة ، على إعتبار أن هذا الإلتزام غاية في الأهمية لا يمكن التنازل عنه رغم مر السنين.

كما رتبت هذه المعاهدات الدولية على الشاحن جزاءاً قاسياً و صارماً في حالة تقديمه بيانات غير صحيحة عن البضاعة ، بحيث يتم إعفاء الناقل من المسؤولية أيا كان سبب الهلاك أو التلف.

### المطلب الأول: ضرورة تقديم بيانات صحيحة عن البضائع

يلتزم الشاحن بأن يقدم كتابةً إلى الناقل جميع البيانات المتعلقة بالبضائع عند تسليمها إياه، حتى تقيد هذه البيانات في سند الشحن.[2]

و من هذا المنطلق يفترض أن يكون الشاحن أميناً و صادقاً في إفادته عن بيانات البضاعة ، لأن إثارة شك الناقل بصدق إفادته يدفعه إلى إدراج عبارات التحفظ عن نوع و عدد و وزن و حالة البضاعة ، الأمر الذي يؤدى إلى إضعاف القيمة الإئتمانية لسند الشحن في المبادلات التجارية و إعاقة حركتها ما بين المصدر و المستورد.[3]

و حتى المشرع الفرنسي بدوره ألزم الشاحن بالتحلي بالصدق عند إدراجه للبيانات المتعلقة بالبضائع بموجب **المادة 19** من قانون 1966 ، كما رتب جزاء في حق الشاحن بمسائلته من قبل الناقل بموجب نص **المادة 21** على أنه : " لا يسأل الناقل عن أي أضرار أو تلفيات تلحق البضاعة إذا ثبت تعمد إعطاء بيانات غير صحيحة ".[4]

---

– ذ/ مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 283.[1]

– ذ/ عاطف محمد الفقى،قانون التجارة البحرية،جامعة المنوفية،دار الفكر الجامعي،طبعة 2008، ص 324.[2]

– ذ/ عبد القادر حسين العطير، الحاويات و أثرها في تنفيذ عقد النقل البحري،الدار الجامعية،طبعة ماي 1983، ص 320.[3]

– القانون الفرنسي لسنة 1966،الصادر بتاريخ 1966/06/18، المادتين 19 و 21.[4]

فعلى الشاحن أن يقدم خطياً جميع البيانات المتعلقة بالبضائع و المتمثلة في علامات الطرود و عددها و كمية البضائع و نوعها و وزنها قبل شحنها إلى الناقل ، و تقيد هذه البيانات في سند الشحن ، و يجب أن تكون العلامات كافية لتعريف البضائع و أن توضع بطريقة تجعلها دائماً سهلة القراءة حتى نهاية الرحلة. [1]

كما يجب أن يدلي الشاحن بالبيانات المتعلقة بالبضائع عند تسليمها للناقل ، و لا يجوز للشاحن أن يضع في السفينة بضائع لم يرد ذكرها في سند الشحن أو ورد بشأنها بيانات غير صحيحة ، و إلا جاز للناقل إخراج هذه البضائع أو نقلها مقابل الحصول على الأجرة التي تستحق عن نقل بضائع من نوعها ، علاوةً على حقه في التعويض. [2]

و قد قررت معاهدة بروكسل ضرورة ذكر العلامات الرئيسية اللازمة للتحقق من نوع البضائع طبقاً لما يقدمه الشاحن كتابةً قبل البدء بالشحن ، على أن تكون هذه العلامات مطبوعة أو موضوعة بأية طريقة أخرى ظاهرة على البضائع غير المغلفة أو على الصناديق أو الأغلفة المعبأة فيها البضائع بحيث تظل قراءتها ميسورة حتى نهاية الأغلفة المعبأة فيها البضائع ، بحيث تظل قراءتها ميسورة حتى نهاية السفر، و كذا ذكر عدد الطرود أو القطع أو الكمية أو الوزن على حسب الأحوال طبقاً للبيانات التي يقدمها الشاحن كتابة ، حالة البضائع و شكلها الظاهر. [3]

كما تبنى القانون البحري الجزائري جاءت به معاهدة بروكسل ، إذ فرض على الشاحن أن يدون في سند الشحن العلامات الرئيسية و الضرورية للتعريف بالبضائع على الحالة المقدمة فيها كتابياً من قبل الشاحن قبل البدء بتحميل هذه البضائع ، إذا كان طبع و ختم هذه العلامات واضحاً و بأي شكل كان ، و على كل قطعة من البضاعة أو تحزيمها.

و كذا عدد الطرود و الأشياء و كميتها و وزنها كما قدمت كتابةً من قبل الشاحن، و ذلك حسب كل حالة، و الحالة و التكييف الظاهران للبضاعة. [4]

أما بخصوص نقل البضائع الخطرة فهناك وثيقة تسمي بيان البضائع الخطرة و التي يقدمها الشاحن إلى الناقل،و يجب أن يتضمن بيان البضائع الخطرة المعلومات التالية: معلومات عن السفينة بما في ذلك الإسم و رقم تسجيلها و جنستها، إسم البضائع الخطرة حسب التسمية الرسمية المحددة في قانون IMDG، رقم ONU، عدد و أوصاف الطرود داخل الحاوية و كذا وزن كل وحدة، فئة الخطر، الوضعية على متن الحاوية الخطرة، و يمكن للبيان أن يشير أيضا إلى مجموعة تغليف المنتج و الذي يعد دليل آخر لدرجة الخطورة. [5]

[1] - ذ/ عبد القادر حسين العطير، المرجع السابق، ص 320.

[2] - ذ/ محمود مختار أحمد بريري،قانون التجارة البحرية،دار النهضة العربية،ص 360.

[3] - معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن ، المؤرخة في 25 أوت1924،المادة 03، فقرة 03 .

[4] - القانون البحري الجزائري،المؤرخ في 25 يونيو 1998 المادة 752.

[5] - M. Julie seguineau, le transport de marchandises dangereuses par porte-coneteneurs,universite paul cezanne-aix-marseille,master 2,faculte de droit et sciences politiques aix- marseille,centre de droit maritime et des transports (CDMT),2007-2008 ,p 31.

و طبقاً لما سبق فلا محل لتحديد مسؤولية الناقل إذا أخطره الشاحن قبل الشحن بأهمية البضاعة و قدم بياناً موضحاً فيه طبيعتها و قيمتها و ما يعلق على وصولها سالمة من أهمية خاصة ، و يحدث هذا عادةً في نقل البضائع النادرة و الكبيرة ذات قيمة مادية و معنوية كاللوحات الفنية و القطع الأثرية و التحف و المخطوطات القديمة و مخلفات العباقرة و المعادن الكريمة و الأجهزة الدقيقة ، و الغالب أن يتقاضي الناقل أجرة إضافية مقابل العناية الخاصة ببعض البضائع.

و الأساس الذي ينبني عليه عدم تحديد مسؤولية الناقل في هذه الحالة هو أن هذا الأخير يعلم قبل الشحن بالخطر الذي يقبله و يلتزم بنقل بضاعة يعلم بطبيعتها و قيمتها ، و أن الشاحن يعلق أهمية خاصة على وصولها سالمة إلى ميناء الوصول ، و من ثم يستطيع التأمين على مسؤوليته و نقل تكاليف التأمين إلى الشاحن في صورة زيادة أجرة النقل عن الأجرة المعتادة.

فالبيان الخاص بطبيعة البضاعة و قيمتها لا يعدو أن يكون إتفاقاً بين الناقل و الشاحن على تقدير قيمة البضاعة محل عقد النقل البحري عند حدوث هلاك أو تلف لها أثناء تنفيذ عقد النقل ، و يتمثل هذا الإتفاق في إيجاب يصدر من الشاحن في صورة إعلان يتقدم به إلى الناقل متضمناً بيان جنس البضاعة و قيمتها ، ثم يتلاقي هذا الإيجاب مع قَبول الناقل على التقدير الذي جاء في إعلان الشاحن.

فإذا إتضح من عبارات البيان أن إعلان القيمة كان لأغراض التأمين أو موجهاً لمصلحة الجمارك ، فلا يكون مستهدفاً لأحكام المسؤولية ، و يجوز للناقل عندئذ تحديد مسؤوليته.

و حتى ينتج البيان الذي يقدمه الشاحن أثره في حرمان الناقل من ميزة تحديد المسؤولية، يتعين أن تتوافر فيه شروط ثلاثة:

1- أن يقدم الشاحن هذا البيان قبل الشحن ، ذلك أن معرفة الناقل بطبيعة وقيمة البضاعة قبل الشحن أمر ضروري ليتسنى له إتخاذ كامل إحتياطاته ، إذ يَضحى هذا البيان عديم الجدوى إذا كانت البضاعة قد تم شحنها دون العلم الكافي حول طبيعتها ، و ما تستلزمه من عناية خاصة.

و إذا ما قدم البيان للناقل بعد حصول الشحن ، فإنه لا ينتج أثره و يحق للناقل رفضه و التمسك بالتحديد القانوني للمسؤولية ، أما إذا لم يعترض الناقل على بيان قدم من الشاحن بعد الشحن و قَبل بذلك البيان و دونه في سند الشحن ، فليس من موجب لعدم إعمال أثر هذا البيان أي لا مجال لتحديد المسؤولية.[1]

2- أن يتضمن البيان طبيعة البضاعة و قيمتها معاً ، و أن يكون محدداً و واضحاً و صريحاً ، ذلك أن القصد من البيان توجيه نظر الناقل إلى القيمة غير العادية للبضاعة ليبذل عناية كبيرة في حفظها ، فيتمكن الناقل عند تقديم البيان قبل الشحن من القيام بأمرين:

---

[1] – ذ/ كمال حمدى، مسؤولية الناقل البحري للبضائع،الطبعة الثانية،منشأة المعارف بالإسكندرية،2003، ص 137،138.

أولهما إعداد المكان المناسب للبضاعة على ظهر السفينة و إتخاذ العناية اللازمة بما يتفق مع طبيعة البضاعة خاصة بالنسبة لعمليات التشوين ، و قد يقتضى الأمر من الناقل تعيين حراسة عليه.

و ثانيهما التأمين على المسؤولية.

لكن هل يجوز أن تكون القيمة المعلنة أقل من الحد الأعلى لمسؤولية الناقل البحري؟

الرأي الغالب يرى أن هذا لا يجوز ، و أنه لا يصح القول بأن الشاحن طالما من حقه عدم بيان قيمة البضاعة فيكون له أن يقدم بياناً أقل من الحد الأعلى لمسؤوليته ، ذلك أن من شأن إيراد بيان بقيمة أقل من ذلك الحد ما يعني تحديدًا لمسؤولية الناقل بأقل من التحديد القانوني و هو باطل.

علاوة على أن الغرض الأساسي من البيان المقدم من الشاحن هو إستبعاد التحديد القانوني و الحصول على تعويض كامل الضرر ، و هو ما لا يتحقق إلا إذا كانت القيمة المعلنة أعلى من التحديد القانوني للمسؤولية.

3- أن يدرج هذا البيان في سند الشحن ، على أساس أن هذا السند وحده هو الذي يحكم العلاقة بين الشاحن و الناقل و الحدود التي رسمها ، و لا يغني عن ذلك ورود البيان بفاتورة الشراء و ذكر رقمها بسند الشحن أو أية ورقة أخرى مثل الإعتماد المستندى أو إذن الإستيراد أو الشهادة الجمركية ، و في مثل هذه الأحوال يسرى تحديد المسؤولية حتى و لو كان الناقل على علم بين بجنس البضاعة و قيمتها.

و إذا ما قدم الشاحن البيان الخاص بطبيعة البضاعة و قيمتها إلى الناقل طالباً منه إدراجه في سند الشحن و أغفل هذا الأخير ذلك بخطأ أو إهمال من جانبه ، فإن الناقل لا يكون له الحق في التمسك بالتحديد القانوني للمسؤولية ، و يكون عليه تعويض الضرر الذي لحق البضاعة تعويضاً كاملاً في حدود القيمة المصرح بها من قبل الشاحن.

أما إذا قدم الشاحن البيان و رفض الناقل أو وكيله عمداً تدوينه في سند الشحن ، يحرم الناقل في هذه الحالة من الحق في التمسك بتحديد المسؤولية ، و يلزم بتعويض الضرر الذي لحق بالشاحن وفقاً للقواعد العامة حتى و لو كان هذا التعويض يجاوز القيمة التي وردت في بيان الشحن طالما إنصرفت إرادة الناقل إلى عدم إدراج البيان في سند الشحن و كان يعلم أن من شأن ذلك إلحاق ضرر بالشاحن. [1]

و منه إذا ما توفر في بيان طبيعة البضاعة و قيمتها الشروط التي بيناها ، فإن ذلك يؤدي إلى حرمان الناقل البحري من التحديد القانوني للمسؤولية عند رفع دعوى المسؤولية من قبل الشاحن أو المرسل إليه.

[1] - ذ/ كمال حمدى، المرجع السابق، ص 138 و 139.

فإذا ما حدث هلاك كلي للبضاعة يلتزم الناقل بأداء كامل القيمة المعلنة في سند الشحن ، أما إذا كان الهلاك جزئياً أو ثمة تلف فيلتزم بتعويض نسبي ، الأمر الذي لا محل له في التحديد القانوني للمسؤولية ، طالما أنه عند ذكر قيمة البضاعة بسند الشحن ، فإن ذلك يعني أن الطرفين قد قررا إستبدال التعويض الحقيقي للضرر بالتعويض المحدد الذي قرره القانون.[1]

غير أن هذا لا يمنع في بعض الحالات حسب ما تقتضيها الضرورة تحمل كلاً طرفي عقد النقل من عدم تدوين البيانات المتعلقة بالبضائع بسبب ضيق الوقت ، أو عدم توفر الإمكانيات الضرورية من أجل مراقبة صحة هذه البيانات من قبل الناقل ، الشيئ الذي يفرض إمكانية إدراج بعض التحفظات الخاصة بالبضائع أو خطابات الضمان في سند الشحن.

**المطلب الثاني:حالة إعفاء الشاحن من التصريح عن طبيعة البضائع**

عملية تعيين البضائع المشحونة ليس بالأمر السهل و الميسور عملياً، إذ يجب أن تشحن البضاعة بسرعة حتى لا تظل على الرصيف لفترة طويلة و حتى لا تتعطل السفينة عن السفر، لدى قد يرخص إستثناءا عدم التقيد بالتصريح عن طبيعة البضائع ربحا للوقت.

**أولا: التحفظات الخاصة بالبضائع**

درج العمل على أن يدون الربان في سند الشحن البيانات التي يقدمها الشاحن الخاصة بنوع البضاعة و مقدارها و علاماتها كما هي دون أن يقوم الناقل أو الربان بالتحقق من صحتها ، مع النص في سند الشحن عبارة أن البيانات الخاصة بالبضاعة * حسب قول الشاحن أو غير معتمدة* أو أن * البـــضاعة مجهـــولة الوزن أو مجهـــولة الكمية أو الصنف أو المقاس أو المحتويات أو الحالة أو القيمة*، و إذا لم يكن من شأن هذه التحفظات ذرء مسؤولية عن الناقل في حالة إكتشاف عجز أو تلف البضاعة عند التسليم ، فإنها تتضمن على الأقل تخفيفاً لمسؤوليته على إعتبار أن سند الشحن حجة بما هو وارد فيه من بيانات حتى يثبت العكس.

فإذا أدرج في سنـــد الشحن شرط أو تحفظ إنتفـــت حجيـــته فيما يتعلـــق بوزن البضاعة أو عـــددها أو محتوياتها أو حالتها أو قيمتها ، و كان على المرسل إليه أن يقدم الدليل عند ظهور عـــجـــز أو تلف في البضاعة على أن الوزن أو العدد أو المقاس المبين في سند الشحن قد تسلمه الربان فعلاً أو أنه قد تسلم البضاعة بوصفها الوارد في سند الشحن ، و أن العجز أو التلف ناشئ عن خطأ الناقل أو تابعيه ، و للشاحن أو المرسل إليه إثبات ذلك بكافة الطرق بما فيها القرائن، إلا أن هذا الإثبات متعذر إن لم يكن مستحيلاً في أغلب الحالات ، مما يؤدي إلى إعفاء الناقل من المسؤولية عن العجز أو التلف.[2]

و قد فرضت معاهدة بروكسل لسندات الشحن لسنة 1924 في **المادة 03 فقرة 03** على الناقل أو الربان أن يذكر في سند الشحن علامات الطرود و عددها ، و كمية البضائع و وزنها بناءاً على البيانات الخطية التي يقدمها الشاحن قبل الشحن.

[1] ذ/ كمال حمدى، المرجع السابق، ص 140.

[2] – ذ/ مصطفى كمال طه،مبادئ القانون البحري،طبعة الثالثة،منشورات الحلبي الحقوقية،سنة 1989، ص 206.

كما يجوز للناقل أن يرفض تدوين بيانات الشاحن في سند الشحن إذا كانت لديه أسباب جدية للشك في صحتها، أو إذا لم تتوافر لديه الوسائل العادية لمراقبتها، و يجب على الناقل أن يذكر في سند الشحن الأسباب الجدية التي حَملته على الشك في صحة بيانات الشاحن أو عدم توافر الوسائل العادية للتحقق منها ، و يقع عبء إثبات جدية أسباب هذا الشك أو عدم توافر وسائل للتحقق من صحة تلك البيانات على عاتق الناقل ، فإن عجز عن الإثبات تعين عدم الأخذ بالتحفظ المدون في سند الشحن. [1]

و قد أجاز القانون البحري الجزائري للناقل أن يرفض تسجيل تصريحات الشاحن على سند الشحن التي تتعلق بعدد الطرود أو القطع و كمية و وزن البضائع عندما تكون لديه دواعي جدية للشك في صحتها أو إذا لم تتوفر لديه الوسائل المعقولة للتحقق منها، و كذا علامات التعريف المتعلقة بالبضائع، عندما لا تكون مدموغة أو مختومة بشكل تبقى فيه مقروءة بصفة عادية حتى نهاية الرحلة. [2]

أما من جانب القضاء الفرنسي فقد كان حريصاً على ألا تصبح هذه التحفظات من التحفظات الجارية في سندات الشحن، و لذلك فإنه يُعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً و لا أثر له كل تحفظ يرد عاماً مطلقاً من غير توضيح للأسباب الجدية التي تدعو إلى الشك في صحة البيانات التي يقدمها الشاحن أو الأسباب التي تدعو إلى توافر الوسائل الكافية للتحقق منها ، مثال ذلك : أن يذكر في سند الشحن عبارة * من غير ضمان للوزن و المحتويات * أو *الوزن مجهـــول* أو * الوزن لم يفحص*.

و لا يسرى أثر التحفظ إلا بالنسبة للبيان الذي أدرج التحفظ من أجله، فإذا ذكر في سند الشحن بيان بوزن البضاعة و بيان بعددها و وصف بيان الوزن بأنه مجهول، سرى أثر التحفظ بالنسبة للوزن فقط دون عدد البضاعة. [3]

و قد قصرت معاهدة بروكسل الحالتين اللتين يجوز فيهما للناقل إدراج تحفظات في سند الشحن تتعلـــق بالبيانات التي يقدمها الشاحـــن عـــلى عـــلامات البضائع أو عـــددها أو كميتـــها أو وزنها ، أما حالة البضاعة و شكلها الظاهر فهي مستبعدة من نطاق التحفظات.

و مفاد ذلك أن المعاهدة تحرم شرط الجـــهـــل فيما يـــتعلق بحالة البـــضاعة و شكـــلها الظاهر، و تلزم الناقل أن يقوم بالتحقق من حالة البضاعة و شكلها الظاهر و لا يجوز له أن يذكر في سند الشحن أن حالة البضاعة و شكلها الظاهر مجهولة له ، و إذا ذكر مثل هذا الشرط فيكون باطلاً بطلاناً مطلقاً طبقاً **للمادة 03 فقرة 08** من المعاهدة.

أما قواعد هومبورغ فقد نصت **المادة 16** على التحفظات التي تـــدرج في سند الشحـــن و النتائج التي تترتب على عدم إدراجها ، و إذا كانت **الفقرة 01** من هذه المادة لا تلزم الناقل صراحةً بإدراج التحفظات في سند الشحن ، إلا أنه من الأفضل له أن يقوم بذلك و إلا تَحمل ما يترتب عليه من أضرار طبقاً **للفقرة 03 بند 02**.

---

[1] – ذ/ مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري،المرجع السابق، ص 207.
[2] – القانون البحري الجزائري، المادة 755.
[3] – ذ/ أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص إتفاقية هومبورغ، مصر،منشأة المعارف بالإسكندرية، ص162.

و طبقاً **للفقرة 01 من المادة 16** فإن البيانات التي يمكن التحفظ بشأنها هي:

- الطبيعة العامة للبضائع أو علاماتها الرئيسية.

- عدد القطع أو الطرود أو الوزن أو الكمية.

و يستنتج من هذه الفقرة أن البيانات التي تثبت في سند الشحن طبقاً لما يقدمه الشاحن هي المتعلقة بالطبيعة العامة للبضائع و العلامات الرئيسية و عدد القطع و الوزن أو الكمية ، و تسمى هذه التحفظات بشرط الجهل بالوزن أو بالكمية و المعروف في العمل البحري ب weight, weight quantity, weight unkown shipper s .

و من ثم فيخرج من نطاق التحفظات البيان الخاص بالحالة الظاهرة للبضائع ، إذ أن هذا البيان لا يقدم من قبل الشاحن نفسه ، و إنما يدرجه الناقل بعد الفحص الظاهري للبضائع ، فإذا كانت غير سليمة ظاهرياً ، فعليه أن يذكر وجه عدم سلامتها في سند الشحن ، فعلى سبيل المثال: *الصناديق مكسورة * ، * الأجولة ممزقة * ، * التحزيم غير كاف *، أما إذا لم يثبت ذلك في السند إعتبر أنه تسلم البضائع في حالة سليمة ظاهرة.[1]

ولا يجوز للناقل أن يثبت في سند الشحن أي تحفظ بشأن جهله بالحالة الظاهرة للبضائع إذ أنه المسؤول عن هذا البيان كما تنص الفقرة **02 للمادة 16** السابق ذكرها.

و قد قيل أن ما يثبته الناقل في سند الشحن بعد الفحص الظاهري للبضاعة، لا يعتبر تحفظاً، و إنما هو بيان مضاد لا تسرى عليه الأحكام الخاصة بالتحفظات.

إلا أنه في العمل البحري سواءاً من جهة الفقه أو القضاء تم تعريف مقصود البيان المضاد ، فإذا كان الناقل هو المسؤول عن البيان الخاص بالحالة الظاهرة للبضاعة فكيف يعتبر بياناً مضاداً ، و ما هو البيان الذي وضع مضاداً له؟

على أساس أن الناقل لا يضيف إلى هذا البيان ملاحظات لأنه لم يقدم له أصلاً من قبل الشاحن، و إنما هو الذي يدرجه بنفسه في السند.

أما الحالات التي يجب على الناقل أن يدرج فيها التحفظات فهي:

1- إذا كان يعلم بعدم مطابقة بيانات سند الشحن للبضائع التي تلقاها أو شحنها.

2- إذا كان لديه أسباب معقولة تحمله على الإشتباه في عدم مطابقة تفاصيل سند الشحن للبضائع المتلقاة أو المشحونة.

[1] - ذ/ أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص إتفاقية هومبورغ،المرجع السابق، ص 163.

3- إذا لم يكن لديه الوسائل المعقولة للتحقق من هذه البيانات.

و في كل هذه الحالات لا يكفى أن يثبت الناقل أوجه عدم صحة تفاصيل السند ، و إنما عليه أن يذكر أيضاً الأسباب التي حملته على الشك أو الإشتباه فيها ، و مبررات عدم توافر الوسائل المعقولة للتحقق من صحة هذه التفاصيل.[1]

و مما لا شك فيه أن إدراج هذه التحفظات من قبل الناقل عند تلقى البضائع أو شحنها سيكون سبباً في خلافات كثيرة على أرض الواقع و طرح العديد من التساؤلات و هو ما سيؤدى إلى تأخير إستلام البضائع أو شحنها.

مثلا: إذا كان الناقل ملزماً ببيان أسباب شكه في عدم صحة البيانات المقدمة من الشاحن، فما هو معيار الأسباب المعقولة؟ و هل يمكن للشاحن و الناقل أن يتفقا عند الشحن على ما يعتبر أسباباً معقولة؟ ، و كيف سيقوم الناقل بإثبات هذا التحفظ و أسبابه على سند الشحن؟ ، و ما هي العبارات التي سيستعملها؟ ، و كذلك الأمر بالنسبة للوسائل المعقولة للتحقق من التفاصيل، فكيف يثبت الناقل في السند أنه لم يكن لديه الوسائل المعقولة للتحقق؟

و تطرقنا لهذه النقطة ليس محض الصدفة و إنما كانت محلاً لمناقشات هامة أثناء المراحل الأخيرة لإعداد مسودة إتفاقية قواعد هومبورغ ، و قد دارت هذه المناقشات أساساً حول ما إذا كان المقصود أن يدرج الناقل في سند الشحن أسباب علمه أو شكه في صحة بيانات سند اشحن التي لا تصف البضائع بطريقة صحيحة.

فذهب فريق إلى أن وضع هذا الإلتزام بهذه الصورة على الناقل لا يتفق مع ما يجرى عليه العمل إذ سيكون عبئاً ثقيلاً على الناقل أن يقوم بكل الفحوصات على الشحنة بالشكل الذي تتصوره **الفقرة 01 من المادة 16**، إذ أن ذلك سيؤدى إلى تأخير و إرباك عملية الشحن لأن مستخدمى الناقل سوف يحتاجون لوقت و خبرة لإجراء الفحوصات اللازمة و المناسبة لكل شحنة ، كما أن عليهم أن يبينوا أسباب التحفظات بطريقة قانونية مناسبة لكل شحنة ، و لا شك أن كل ذلك سيؤدى بطبيعة الحال إلى قيام نزاع دائم و متكرر بين الشاحنين و الناقلين.

بينما ذهب فريق آخر إلى أن الهدف من إدراج التحفظات و أسبابها طبقاً لما جاء **بالفقرة 01 من المادة 16** هو حماية المرسل إليه و الطرف الثالث من التحفظات المألوفة التي جرى العمل على تدوينها في سندات الشحن ، و التي تشكك في بياناته و من ثم تضعف قوته الإئتمانية.

فعملياً ليس في مقدور الناقل أن يثبت في السند الأسباب التي دعته للشك أو عدم كفاية وسائل تحققه ، و نتيجة لذلك فإن سندات الشحن ستستمر على ما هي عليه الآن خاصة و أن إشتمالها على شرط الجهل بالوزن أو بالكمية لا يجعل سند الشحن غير نظيف طبقاً **للمادة 32** من القواعد و الأعراف الدولية الموحدة للإعتمادات المستندية ، فسندات الشحن ستبقى نظيفة رغم إدراج مثل هذه التحفظات ، و الأمر في النهاية للمحكمة التي سيعرض عليها النزاع ، إذ أن الناقل يقع عليه عبء إثبات مبررات التحفظ الذي أدرجه في السند.[2]

[1] - ذ/ أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص إتفاقية هومبورغ،المرجع السابق، ص 164.
[2] - ذ/ أحمد محمود حسني،التعليق على نصوص إتفاقية هومبورغ،المرجع السابق، ص 165،166.

**ثانياً: خطابات الضمان**

جرى العمل على تضمين سند الشحن تحفظات تتعلق بالبيانات التي يقدمها الشاحن عن حالة البضاعة ، و هذه التحفظات تضعف من قوة سند الشحن و تنقص من قيمته الإئتمانية ، كما يتعذر على الشاحن الإقتراض بضمان البضاعة المشحونة لأن البنك المُقرض لا يعرف بالضبط مقدار الضمان بناءاً على تحفظات السند.

و قد إستقر الأمر على إعطاء الشاحن تعهداً للربان يذكر فيه التحفظات التي كان الناقل يحرص على ذكرها في سند الشحن، و يتعهد فيه بتعويض الناقل عما يصيبه من أضرار بسبب إصدار سند شحن نظيف ، و ذلك عند ظهور عجز أو تلف في البضاعة على خلاف ما تم ذكره في السند، و يتجسد هذا التعهد في صورة خطاب يعرف بخطاب الضمان. [1]

و أول تشريع بحري تعرض لخطابات الضمان كان القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1966/06/18 الخاص بعقود إيجار السفن و النقل البحري، فقد نصت **المادة 20** منه على أن: * كل الأوراق و الإتفاقات التي يتعهد بموجبها الشاحن بأن يعوض الناقل عندما يكون هذا الأخير أو ممثله قد قبل تسليم سند شحن بدون تحفظات ، و تعتبر هذه الإتفاقات باطلة و عديمة الأثر بالنسبة للغير ، إلا أنه يمكن التمسك بها في مواجهة الشاحن ، و إذا كان التحفظ الذي أغفل إرادياً يتعلق بعيب في البضاعة يعلمه الناقل أو كان عليه أن يعلمه ، فإنه لا يمكنه أن يتمسك بهذا العيب للتخلص من مسؤوليته و لا يستفيد من تحديد المسؤولية المنصوص عليه في **المادة 28** من هذا القانون *. [2]

**1- رأي الفقه في خطابات الضمان.**

لم يتفق الفقه في هذه المسألة على موقف واحد و إنما إنقسم إلى رأيين.

يذهب رأي في الفقه إلى أن خطابات الضمان باطلة و لا أثر لها في جميع الأحوال ، لما تؤدي إليه من إضعاف القيمة الإئتمانية لسند الشحن و إهدار حجيته في الإثبات.

و قد قيل في تبرير ذلك أن معاهدة سندات الشحن لسنة 1924 لم توضع فقط من أجل القضاء على شروط الإعفاء من المسؤولية ، و إنما الغرض منها أيضاً حماية القيمة الإئتمانية لسند الشحن ، و جعله ممثلاً للبضاعة بقدر الإمكان ، و تحقيقاً لهذا الغرض فرضت المعاهدة على الناقل أن يثبت في سند الشحن وصفاً دقيقاً للبضاعة المقدمة إليه من طرف الشاحن مع بيان التحفظات متى كان لها ما يبررها في سند الشحن ذاته [3]، و بذلك يتسنى للمرسل إليه بمجرد الإطلاع على السند معرفة طبيعة البضاعة المرسلة إليه ، كما يتوفر لديه سند يسمح له بالرجوع على الناقل في حالة عدم مطابقة البضاعة عند التسليم للحالة الموصوفة فيها بسند الشحن.

[1] – ذ/ محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 155.

[2] – ذ/ أحمد محمود حسني، قضاء النقض البحري، الطبعة الرابعة،مصر، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008، ص 226.

[3] – معاهدة بروكسل لسنة 1924، المادة 03 فقرة 03.

إلا أن هذا الغرض الذي إستهدفته المعاهدة يضعف بفضل خطابات الضمان، إذ يكون سند الشحن في هذه الحالة بعيداً عن بيان الحالة الحقيقية للبضاعة و لا يقدم عنها إلا وصفاً خادعاً في بعض الأحيان.

كما يضيف أصحاب هذا الرأي أن هناك ثمة سبب آخر للبطلان ، ذلك أن سكوت الناقل عن إثبات التحفظات بشأن البضاعة أو ما توافر لديه من شك جدي بشأن حالتها و قيامه بتحصين نفسه عن طريق خطابات الضمان ضد نتائج عمله هذا ، فإنه يسعى بلا جدل إلى إعفاء نفسه من الإلتزامات المتعلقة بإثبات الشحن ، و مثل هذا الإتفاق يجب أن يكون باطلاً لأنه يتضمن إعفاء الناقل من الإلتزامات التي تفرضها عليه معاهدة سندات الشحن. [1]

و يرى هذا الرأي بأن التفرقة بين خطابات الضمان الحسنة و خطابات الضمان المنطوية على الغش ، و إعتبار الأخيرة وحدها باطلة دون الأولى هي تفرقة غير مقبولة ، لأنه من الصعب أحياناً تحديد الغش فضلاً عن أن حسن نية الطرفين أي الناقل و الشاحن مفترضة دائما.

و يخلص هذا الرأي إلى أنه لا جدوى من التمسك بالضرورات العملية لتبرير خطابات الضمان ، إذ في هذه الحالة لا يعبر سند الشحن عن الحقيقة مما يؤدي بلا شك إلى خديعة الغير حسن النية الذي إطمأن إلى ظاهر الأشياء.

و على العكس يذهب رأي آخر من الفقه إلى أن ورقة الضمان قد تعطى للربان لكي يطمئن إلى صدق بيانات الشاحن التي لا يستطيع الربان التحقق منها في الميناء لأي سبب كان ، و لا يكون القصد من الورقة في هذه الحالات الغش بأي شخص.

كما يرى أصحاب هذا الرأي أن الصحيح هو إعتبار تعهد الضمان باطلاً إذا قصد به الغش ، أي إذا حرره الشاحن و هو عالم بأن بيانات السند لا تطابق الواقع و قبله الربان و هو عالم بهذه الواقعة.

و معنى البطلان أنه يجوز للمرسل إليه الرجوع على الناقل على أساس الخطأ التقصيري ، لأن إصدار السند نظيفاً على خلاف الحقيقة يعتبر عملاً من أعمال الغش ، و أنه إذا تمكن المرسل إليه من الرجوع على الربان أو الناقل ، فلا يكون لهذا الأخير أن يرجع بدوره على الشاحن إستناداً إلى ورقة الضمان. [2]

**2– موقف المعاهدات الدولية من خطابات الضمان.**

أما بخصوص موقف المعاهدات الدولية من هذه المسألة ، فلم تتناولها إتفاقية بروكسل و إن كانت معروفة وقت إبرامها إلا أنها لم تكن منتشرة ، بينما قننت قواعد هومبورغ الحل المعمول به في فرنسا. [3]

و نظمت قواعد هومبورغ خطابات الضمان في **الفقرات 02 و 03 و 04 من المادة 17**، فتفيد **الفقرة 02** من أن خطاب الضمان يبقى صحيحاً بين الشاحن و الناقل ، إلا أنه لا يمكن التمسك به قبل طرف ثالث.

– ذ/ أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، الطبعة الثانية،مصر، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 157. [1]

–ذ/ أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع،المرجع السابق، ص 158. [2]

– ذ/ محسن شفيق، الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر،دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،جامعة وهران،كلية الحقوق،سنة 1985،ص 107. [3]

و عند مناقشة مسودة هذه الإتفاقية تبين للبعض أن **الفقرات 02 و 03 و 04 من المادة 17** متعارضة فيما بينها، فإتجه رأي إلى إلغاء **الفقرتين 03 و 04** بمقولة أنها ستؤدي إلى زيادة عدد سندات الشحن غير النظيفة التي يصدرها الناقلون و زيادة المشاكل المتعلقة بتداول المستندات ، لأن العمل قد جرى على أن الناقل يمكنه الإعتماد على خطاب الضمان الذي يحصل عليه من الشاحن نظير إغفال إدراج تحفظ في سند الشحن إذا كان هناك إختلاط بسيط بين الحالة الحقيقية للبضائع و البيانات المتعلقة بها و المقدمة من الشاحن.

أما إذا كان هناك شك في صحة خطاب الضمان فإن الناقل سيقوم بإدراج التحفظ ، و لا يقبل الخطاب، فإذا كان سند الشحن منطوياً على غش ، فإن المستفيد من هذا الغش هو الشاحن ، و من ثم فلا وجه لتحمل الناقل وحده الجزاء الذي فرضته عليه **الفقرة 04 من المادة 17**.

و الواقع أنه من الصعب تصور الحالة التي تتكلم عنها **الفقرة 03** ، إذ أنها قررت مبدأ عام و هو أن يكون لخطاب الضمان حجية على الشاحن بإعتباره هو الذي أصدره بالإتفاق مع الناقل ، إلا أنها تنفى هذه الحجـية فـي مواجهـة الشاحن إذا كان للناقـل أو من ينوب عنه قد نوى بعدم إدراجه التحفظ غـش الطرف الثالث ، و عندئذ لا يحق للناقل الرجوع بأي تعويض على الشاحن.

ففي هذه الحالة فإن المرسل إليه غير الشاحن حامل سند الشحن نظيف ، سيقيم دعوى المسؤولية على الناقل إذا وصلت البضاعة هالكة أو تالفة ، فإذا ثبتت المسؤولية فإنه سيؤدي التعويض إلى المرسل إليه ، أما إذا كان التعويض له صلة بالبيان الذي يذكر في السند مقابل خطاب الضمان ، فإن الناقل سيرجع على الشاحن بما آداه للمرسل إليه إستناداً إلى خطاب الضمان طبقاً للمسؤولية العقدية.

إلا أنه و طبقاً **للفقرة 03** من قواعد هومبورغ فإن الناقل لا يحق له الحصول على تعويض من الشاحن إذا أثبت هذا الأخير أن الناقل قد قصد بعدم إدراج التحفظ غـش الـمـرسل إليه ، و إن كان مثل هذا الفرض صعـب للغاية على أساس أن الناقل لا يعـرف المرسل إليه عادة و ليس هناك ما يدعوه إلى تعمد غشه.

بالإضافة إلى أن عدم إدراج التحفظ نظير خـطاب الضـمان يكون بناءاً على طلب الشاحن و لصالحه حتى يحصل على سند شحن نظيف سهل التداول، فإذا كان هناك غش فيكون من جانب الشاحن دون الناقل.[1]

و إضافة إلى ما سبق ، فإن قواعد هومبورغ لم تكتفى بالنص على حرمان الناقل السيء النية من الرجوع على الشاحن ، و إنما رتبت جزاءاً آخر أعمق أثراً في **الفقرة 04** من **المادة 17**، و يتمثل هذا الجزاء في حرمان الناقل من التمسك بتحديد مسؤوليته إتجاه الغير الذي يكون تصرف إعتماداً على الوصف الوارد بسند الشحن.[2]

و يمكن تلخيص مبادئ قواعد هومبورغ بشأن خطابات الضمان على النحو الآتي:

---

[1] – ذ/ أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص إتفاقية هومبورغ،المرجع السابق،ص 181 و 182.
[2] – ذ/ محسن شفيق،المرجع السابق،ص 107.

– خطاب الضمان صحيح بين الناقل و الشاحن، و باطل و عديم الأثر بالنسبة للطرف الثالث.

– يكون خطاب الضمان صحيح بين الشاحن و الناقل، إلا إذا كان الناقل أو من ينوب عنه قد قصد أو نوى بعدم إدراجه التحفظ غش طرف ثالث.

– إذا ثبت قصد الغش بالطرف الثالث في حق الناقل ، فلا يمكنه الرجوع على الشاحن بالتعويض ، كما أنه يحرم من الإستفادة من تحديد المسؤولية في مواجهـــة الطرف الثالث ، و يقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الشاحن ، أي أن على الشاحن أن يثبت بأنه عند ما طلب من الناقل إصدار سند شحن نظيف في مقابل خطاب الضمان ، أن الناقل و لما إستجاب لطلبه كان يقصد غش المرسل إليه.

و عند ثبوت الغش يقيم الطرف الثالث أي المرسل إليه دعوى المسؤولية على الناقل إستناداً إلى سند الشحن النظيف الذي بيده ، و لا شأن له بخطاب الضمان الذي لا يعتبر حجة عليه ، إذ من المفترض أنه لا يعلم عنه شيء ، و لا يمكن تكليف المرسل إليه إثبات أن هناك خطاب الضمان وراء سند الشحن النظيف الذي بيده ، و أن هذا الخطاب يتعلق ببيان أغفل الناقل إدراجه في سند الشحن بقصد غشه.

و منه فإن هذه الشروط الواجب توافرها لحرمان الناقل من تحديد المسؤولية ، تضع على المرسل إليه عبء ثقيل للإثبات قد لا يمكن الوفاء به إن لم يكن مستحيلاً.[1]

غير أن القانون البحري الجزائري إعتبر جميع الرسائل أو الإتفاقيات المعطاة من قبل الشاحن بتعويض الناقل باطلة و عديمة الأثر، و ذلك حين يتعهد هذا الأخير أو ممثله بإعطاء وثيقة شحن بدون تحفظ و هو يشك بقوة عدم صحة ما جاء فيها ، بيد أنه يجوز للغير التمسك بها تجاه الشاحن.[2]

## المبحث الثاني: مسؤولية الشاحن المترتبة عن عدم التصريح بالبضائع

يقدم الشاحن إلى الناقل عند تسليمه البضائع جميع البيانات المتعلقة بها ، و تقيد هذه البيانات في سند الشحن ، و على الشاحن أن يقدم إلى الناقل كذلك العلامات الرئيسية اللازمة للتحقق من نوع البضاعة و أن تكون مطبوعة أو موضوعة بأية طريقة أخرى ظاهرة على البضائع غير المغلفة أو على الصناديق و الأغلفة المعبأة فيها البضائع بحيث تظل مقروءة حتى نهاية السفر[3]، و إذا أغفل الشاحن الوفاء بهذا الإلتزام تترتب عليه مسؤولية سواءاً إذا قدم بيانات غير صحيحة أو في حالة عدم كفاية أو إتقان العلامات.

– ذ/ أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص إتفاقية هومبورغ،المرجع السابق،ص 183و184.[1]
– القانون البحري الجزائري، المادة 757.[2]
– ذ/ كمال حمدى، المرجع السابق، ص 73.[3]

**المطلب الأول: مسؤولية الشاحن عن تقديم بيانات غير صحيحة.**

يلتزم الشاحن أن يقدم كتابةً إلى الناقل البيانات الصحيحة المتعلقة بالبضائع عند تسليمه إياها حيث تقيد هذه البيانات في سند الشحن، فإذا أدلى الشاحن بيانات غير صحيحة عن البضائع عند تسليمها إلى الناقل ، كان مسؤولاً قبل هذا الأخير عن تعويض الضرر الذي ينشأ نتيجة عدم صحة البيانات التي قدمها عن البضاعة حتى و لو إنتقل هذا السند إلى الغير.[1]

كما لا يجوز للشاحن أن يضع في السفينة بضائع لم يرد ذكرها في سند الشحن أو ورد بشأنها بيانات غير صحيحة ، و إلا جاز للناقل إخراجها أو نقلها مقابل الحصول على الأجرة التي تستحق عن نقل بضائع من نوعها ، علاوةً على حقه في التعويض وفقاً للقواعد العامة.[2]

أما إذا تبين وجود مثل هذه البضائع أثناء السفر ، جاز للربان الأمر بإلقائها في البحر إذا كان من شأنها إحداث أضرار للسفينة أو للبضائع المشحونة فيها ، أو كان نقلها يستلزم دفع غرامات أو أداء مصروفات تزيد على قيمتها ، أو كان بيعها أو تصديرها ممنوعاً.[3]

مع العلم بأنه في حالة قيام الشاحن بذكر بيانات غير صحيحة في سند الشحن عن طبيعة البضائع أو قيمتها ، فلا يسأل الناقل عن هلاك البضائع أو تلفها إذا أثبت عدم صحة هذه البيانات ، و ما على الناقل إلا إثبات أن الشاحن هو من قام عن عمد بذكر هذه البيانات غير صحيحة دون أن يلتزم بإثبات أن الشاحن قصد الإضرار بالناقل أو بالغير.

و من ثم متى أثبت الناقل عدم صحة البيانات و أن الشاحن فعل ذلك عن عمد فلا يسأل الناقل لا عن هلاك البضائع أو تلفها ، و السبب أن المشرع قصد معاقبة الشاحن عن غشه بحرمانه من التعويض حتى و لو كان الضرر الذي أصاب البضائع ناشئاً عن خطا من الناقل أو من تابعيه طالما أن خطأ الناقل أو أحد تابعيه لم يرق إلى مستوى الغش.[4]

و قد رتبت معاهدة بروكسل في **المادة 03 فقرة 05** و البروتوكول المعدل لها لسنة 1979 في **المادة 04 فقرة 05** ، و كذا ق.ف رقم 66-420 الصادر سنة 1966 نفس الحكم، فحسب نص **المادة 2268** من القانون الفرنسي يقع على الشاحن إثبات حسن نيته ، فمن الناحية العملية يكون الناقل أمام بيان كاذب صادر من الشاحن ، و يظهر دليل الصفة العمدية للبيان الكاذب في الغالب من البيان نفسه ، فإذا ما إدعى الشاحن أن هذا البيان نتيجة خطأ مثلاً ثمة خطأ في نقل أوامره ، فإنه يكون مدعياً في هذا الدفع بالخطأ و عليه إثباته.

- ذ/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق،ص 324.[1]
- ذ/ محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص 320.[2]
- ذ/ عدلي أمير خالد، أحكام دعوى مسؤولية الناقل البحري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص 58 و 59.[3]
- ذ/ محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 173.[4]

كما أنه يطبق على الشاحن الجزاء المترتب في حالة ذكر بيانات غير صحيحة في سند الشحن حتى و لو كان القصد من إدراج هذا البيان بسند الشحن ليس غش الناقل و لكن لأسباب أخرى جمركية أو مالية.[1]

و قد عارضت وفود كثيرة إدراج أي نص في قواعد هومبورغ يتعلق بمسؤولية الشاحن ، إذ كيف يكون الشاحن مسؤولاً في عقد النقل و هو غير مطالب سوى بدفـــع أجرة النقل ، و مع ذلك فقد كان هناك شعور بضرورة أن يكون هناك نص يغطى بعض الحالات المستثناة التي وردت في **المادة 04 فقرة 02** من معاهدة بروكسل لسنة 1924:

- عمل أو سهو من جانب الشاحن أو مالك البضاعة أو وكيله أو ممثله.

- العجز في الحجم أو الوزن أو أي هلاك أو تلف آخر ناتج عن عيب خفي أو من طبيعة البضاعة الخاصة أو عيب خاص بها.

- عدم كفاية التغليف.

- عدم كفاية أو عدم إتقان العلامات.[2]

و يثار تساؤل في إستفادة الناقل من الإعفاء من المسؤولية المقررة نتيجة ذكر بيانات غير صحيحة ، ما إذا يلزم هذا الأخير بإثبات توافر رابطة سبــــبـــيـــة بـــين عـــدم صحة البيان و هلاك البضاعة أو تلفها؟

و بالرجوع إلى أحكام المعاهدات الدولية الخاصة بالنقل البحري للبضائع ، فنستنتج منها أن الناقل لا يسأل عن هلاك البضاعة أو تلفها إذا أثبت تعمد الشاحن ذكر بيانات غير صحيحة في سند الشحن عن طبيعة البضاعة أو قيمتها و علاقة السببية بينها و بين الهلاك و التلف.

و العلاقة السببية لا توجد غالباً في حالة بيان كاذب بشأن طبيعة أو قيمة البضاعة.

و مرد إعفاء الناقل من المسؤولية في هذه الحالة دون وجود علاقة سببية ، أن ذلك الإعفاء هو جزاء على الشاحن لا يلزم لتطبيقه توافر تلك العلاقة ، فالأمر يتعلق حسب رأي الدكتور روديير بقاعدة موضوعية **" regle de fonds "** و ليس بمجرد قاعدة إثبات **" Regle de prevue "** .

و يترتب على هذا النظر النتائج التالية:

- أن الجزاء يطبق حتى لو كان سبب الضرر أمراً آخر غير كذب البيان.

- أن الجزاء يطبق و لو كان هلاك البضائع أو تلفها ناشئاً عن خطأ من جانب الناقل أو أحد تابعيه أو أن ذلك الخطأ ساهم في الضرر.

---

[1] - ذ/ كمال حمدى، المرجع السابق، ص 76.

[2] - ذ/ أحمد محمود حسني،التعليق على نصوص إتفاقية هومبورغ،المرجع السابق، ص 162 و 163.

– ليس مسموحاً للشاحن بتقديم الدليل بأن كذبه لم يكن له شأن في هلاك أو تلف البضاعة ، فلا يقبل منه إثبات إنعدام السببية.

غير أن جزاء مسائلة الشاحن عن ذكر بيانات غير صحيحة لا يطبق متى كان الناقل على علم تام بعدم صحة البيان الذي ذكره الشاحن في سند الشحن بخصوص طبيعة البضاعة و قيمتها.

و في حالة ما إذا أثبت الناقل عدم صحة بيان القيمة المدرج في سند الشحن ، فإنه يثور التساؤل عما إذا كانت مسؤولية الناقل تعود إلى الحدود القانونية أم تظل متخطية لهذه الحدود لتقف عند القيمة الحقيقية للبضاعة؟

و إذا كان للناقل الحق في إثبات عدم صحة بيان القيمة المدرج في سند الشحن، و من ثم يلتزم فقط بالقيمة الحقيقية للبضاعة، إلا أنه ليس للشاحن إثبات أن القيمة الحقيقية للبضاعة تجاوز تلك المدونة في سند الشحن بناءاً على البيان المقدم منه.

فلا يجوز للشاحن بحال من الأحوال أن يتقاضى تعويضاً يفوق قيمة البضاعة التي ذكرها في سند الشحن مهما كانت القيمة الحقيقية للبضاعة، أي حتى لو كانت تلك القيمة الأخيرة تجاوز تلك المعلنة من جانبه. [1]

كما أكد بروتوكول معاهدة بروكسل لسنة 1968 على عدم مسؤولية الناقل أو السفينة بأي حال عن الفقد أو التلف اللاحق بالبضاعة أو ما يتعلق بها إذا تعمد الشاحن تدوين بيان غير صحيح عن جنس البضاعة أو قيمتها في سند الشحن. [2]

و قد رتب القانون البحري الجزائري نفس الجزاء ، إذ يعد الشاحن ضامناً للناقل صحة تصريحه فيما يخص العلامات و عدد و كمية و وزن البضائع ، و يكون مسؤولاً بذلك أمام الناقل عن كل خسارة ناشئة أو ناتجة عن الأخطاء المتعلقة بهذه النواحي ، و إن مسؤولية الشاحن هذه لا تجعل الناقل محرراً من مسؤوليته و إلتزاماته الناتجة عن عقد النقل تجاه أي شخص آخر غير الشاحن. [3]

و بناءاً عليه يمكن للناقل أن يحدد التعويض الذي يدفعه إلى الشاحن أو من له الحق في البضاعة ، إذا لم يصرح الشاحن بنوع و قيمة البضائع قبل شحنها على السفينة و لم يدون هذا التصريح في وثيقة الشحن أو أية وثيقة أخرى مماثلة.

ففي هذه الحالة تحدد مسؤولية الناقل عن الأضرار و الخسائر التي تصيب البضاعة بما يزيد عن 10.000 وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى ، أو ب 30 وحدة حسابية عن كل كيلو غرام يصاب بخسائر أو أضرار من الوزن الإجمالي للبضاعة.

و يقصد بالوحدة الحسابية كما حددها المشرع في **المادة 805** من قانون **05/98** المعدل و المتمم للقانون البحري الجزائري 65.5 ملغم من الذهب قابلة للتحويل بالعملة الوطنية بأرقام مضبوطة. [4]

---

– ذ/ كمال حمدى، المرجع السابق، ص 77 و 78، ص 141. [1]

– البروتوكول المعدل لمعاهدة بوركسل المؤرخ في23 فيفرى 1968، المادة 02 بند –ح–. [2]

– القانون البحري الجزائري، المادة 753 فقرة 02. [3]

– ذ/ بوكعبان العربي، الوجيز في القانون البحري الجزائري،دار الغرب للنشر و التوزيع ،الطبعة 2002، ص 127. [4]

**المطلب الثاني: مسؤولية الشاحن عن عدم كفاية أو عدم إتقان العلامات.**

تظهر أهمية كفاية و إتقان العلامات في أن يتعرف الناقل على كل البضائع على وجه التحديد ، حتى يمكنه من إتخاذ ما يلزم من إحتياطات و عناية إتجاه البضائع.

و يعد عدم كفاية أو إتقان العلامات إهمالاً أو سهواً من الشاحن ، و يعني إخلالاً بإلتزام يرتبه عقد النقل في حقه ، و من ثم فإذا ثبت الناقل أن الضرر الذي لحق البضاعة ناشئ عن عدم كفاية أو إتقان العلامات ، فإنه يعفى من المسؤولية عن الضرر.

على أن الناقل يبقي مع ذلك مسؤولاً إذا كانت العلامات الموضوعة على الطرد غير صحيحة ، إلا أن الطرد يحمل بطريقة ظاهرة إسم الشاحن و عنوانه ، و مع ذلك إنتظر الناقل عدة سنوات لإخطار الشاحن بوجود الطرد في مخازنه ، ذلك أن الخطأ في العلامات لا يصح أن يكون من أثره ألا يأبه الناقل بمصير البضاعة التي تسلمها.[1]

فالعلامات التي توضع على البضائع يجب أن تصمد أمام كل عمليات المناولة التي تحصل عادة بعد إستلام الناقل للبضائع و أخدها في عهدته ، و على سبيل المثال إذا طمست العلامات أو محيت نتيجة المطر ، فإن الناقل لا يكون مسؤولاً عن أي ضرر ينشأ عن عدم وجود علامات تبين هوية البضائع.

فألزمت **المادة 03 فقرة 03** بند– أ – من معاهدة بروكسل الناقل بأن يدون في سند الشحن العلامات الرئيسية اللازمة للتحقق من نوع البضاعة طبقاً لما يقدمه الشاحن كتابةً على أن تكون العلامات مطبوعة أو موضوعة بأية طريقة أخرى ظاهرة على

و هذه المادة جاءت أكثر وضوحاً مما أتت به قواعد هومبورغ التي تطلبت ضرورة تضمين سند الشحن * الطبيعة العامة للبضائع و العلامات الرئيسية اللازمة للتعريف بالبضائع *.

و في نهاية **الفقرة 03 من المادة 03** من معاهدة بروكسل تنص على أن الناقل غير ملزم بتدوين هذه العلامات في سند الشحن إذا توافر لديه سبب جدي يحمله على الشك في عدم مطابقتها للبضائع المسلمة إليه أو عندما لا تتوفر لديه الوسائل الكافية للتحقق منها ، و لا يكون مسؤولاً عما يلحق البضائع من ضرر ناشئ عن ذلك ، و التي تقابلها **المادة 16 فقرة 01** من قواعد هومبورغ.

و إذا لم يدرج أي تحفظ في سند الشحن بهذا الشأن ، فإن الناقل لا يمكنه أن يتمسك بالإعفاء إلا في مواجهة الشاحن فقط، إذ يجوز له أن يثبت في مواجهة هذا الأخير عكس ما جاء بسند الشحن، إلا أنه لا يمكنه التمسك بالإعفاء في مواجهة الغير حامل سند الشحن ، و هذا ما قرره صراحة بروتوكول سنة 1968 المعدل لمعاهدة بروكسل لسنة 1924 إذ نصت **المادة 01 فقرة 01** منه بإضافة عبارة إلى **المادة 03 فقرة 04** من المعاهدة بحيث أصبحت تقرأ كالتالي: * و مع ذلك فلا يجوز إثبات العكس عندما يكون سند الشحن قد نقل إلى الغير حسن النية *.

[1] – ذ/ كمال حمدي، المرجع السابق، ص 74.

و قد أخذت قواعد هومبورغ بهذه الأحكام في **الفقرة 03 للمادة 16** البندين – أ – و – ب –، و **المادة 12** من قواعد هومبورغ تغطي أي هلاك أو تلف يلحق بالبضائع المشحونة أو بالسفينة ذاتها ، فإذا تسببت بضائع أحد الشاحنين في هلاك أو تلف بضائع تخص شاحن آخر ، فإن لهذا الأخير أن يرفع دعواه على الناقل بإعتباره الشخص الذي تسلم منه البضائع و أخدها في عهدته طبقاً **للمادة 04** من الإتفاقية ، و له أن يؤسس دعواه سواء على المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية طبقاً لنص المادة **الفقرة 01** من **المادة 07** ، و للناقل بدوره حق الرجوع على الشاحن الذي تسببت شحنته في إتلاف أو هلاك البضاعة المتضررة إستناداً إلى **المادة 12** من الإتفاقية. [1]

## خاتمة:

يعتبر نقل البضائع عن طريق البحر الأكثر إنتشاراً خصوصا مع التطور التكنولوجي الذي شهده هذا القطاع و كثرة إستعمال بالحاويات التي تتيح نقل كميات كبيرة من البضائع و كدا إختصار الوقت، و من أجل ضمان حماية كافية لجميع البضائع كلا حسب ما تتطلبه طبيعته و خصوصيته ينبغي مسبقا و قبل القيام بالرحلة البحرية تدوين جميع البيانات و المعلومات عن البضائع المنقولة كميتها عددها وزنها و كدا قيمتها بما يسمى التصريح الصحيح بالبضائع من قبل الشاحن،و من خلال دراستنا توصلنا إلى: **أولا: النتائج**

– ضرورة التصريح الصحيح و الدقيق عن جميع البيانات و المعلومات الخاصة بالبضائع المنقولة و تدوينها من قبل الشاحن في سند الشحن.

– ذكر طبيعة البضائع الخطرة و تصنيفها و الإجراءات المتخذة عند حدوث أي ضرر.

– التقيد بوضع العلامات و البطاقات بما يفيد أن البضائع خطرة حتى يتسنى للعمال القائمين في السفينة معرفة نوعها.

– ذكر الحرارة المناسبة أو البرودة للبضائع الذي تتطلب حرارة معينة و التي يتوجب على الناقل توفيرها طيلة الرحلة البحرية.

**ثانيا: التوصيات**

– من الأجدر أن لا يكتفي الشاحن بالتصريح بطبيعة البضائع و إنما عليه أن يوفر جميع المعلومات و المستندات الخاصة بالبضائع و التي يحتاجها الناقل طيلة الرحلة البحرية مع الإستعانة بالوسائل الإلكترونية الحديثة،فيلتزم الشاحن بتزويد الناقل في الوقت المناسب بما يخص البضائع من معلومات و تعليمات و مستندات غير متاحة في حدود المعقول للناقل من مصدر آخر،فمن المنطقي أن يمكن الشاحن بإعتباره طرف متعاقد جميع المعلومات لعلم الطرف الآخر من أجل السماح بتنفيذ واجباته بصورة جيدة ، و بالتالي من أجل تنفيذ العقود بصورة حسنة حتى يتمكن الناقل من أن يباشر بطريقة جيدة عملية المناولة و نقل الحمولة ، و تشييد تفاصيل العقد ، و تحريك البضائع الخطرة و غيرها.

[1] – د/ أحمد محمود حسني،التعليق على نصوص إتفاقية هومبورغ،المرجع السابق، ص 131 و 132.

- ينبغي على الشاحن التقيد بوضع العلامات و البطاقات بما يفيد أن البضائع خطرة حتى يتسنى للعمال القائمين في السفينة معرفة نوعها.
- يتعين على الشاحن القيام بتغليف البضائع تغليفا كافيا من أجل تفادي حدوث أضرار.

## قائمة المراجع


**المؤلفات باللغة العربية:**

-أحمد محمود حسنى، التعليق على نصوص إتفاقية هومبورغ،مصر، منشأة المعارف بالإسكندرية.

-أحمد محمود حسنى، قضاء النقض البحري، الطبعة الرابعة،مصر، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008.

-أحمد محمود حسنى، النقل الدولي البحري للبضائع، الطبعة الثانية،مصر، منشأة المعارف بالإسكندرية.

-بوكعبان العربي، الوجيز في القانون البحري الجزائري،الجزائر،دار الغرب للنشر و التوزيع،الطبعة 2002.

-عاطف محمد الفقى،قانون التجارة البحرية،جامعة المنوفية،دار الفكر الجامعي،طبعة 2008.

-عبد القادر حسين العطير، الحاويات و أثرها في تنفيذ عقد النقل البحري،الدار الجامعية،طبعة ماي 1983.

-عدلى أمير خالد، أحكام دعوى مسؤولية الناقل البحري،مصر، منشأة المعارف بالإسكندرية.

- كمال حمدى، مسؤولية الناقل البحري للبضائع،الطبعة الثانية،مصر،منشأة المعارف بالإسكندرية،2003.

-محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة،2003،.

-محمود مختار أحمد بريري، قانون التجارة البحرية، دار النهضة العربية.

-مصطفى كمال طه،أساسيات القانون البحري، منشورات الحلبي الحقوقية،2012.

-مصطفى كمال طه،مبادئ القانون البحري،طبعة الثالثة،منشورات الحلبي الحقوقية،سنة 1989.

**القوانين:**

- القانون الفرنسي لسنة 1966،الصادر بتاريخ 1966/06/18.
- القانون البحري الجزائري المؤرخ في 25 يونيو 1998.

**المعاهدات الدولية:**

- معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن ، المؤرخة في 25 أوت1924.
- البروتوكول المعدل لمعاهدة بوركسل المؤرخ في23 فيفرى 1968.

**المذكرات:**

- ذ/ محسن شفيق، الجديد في القواعد الدولية الخاصة بنقل البضائع بالبحر،دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص،جامعة وهران،كلية الحقوق،سنة 1985.

**المؤلفات باللغة الفرنسية:**

- M. Julie seguineau, le transport de marchandises dangereuses par porte-coneteneurs,mémoire master 2 ,universite paul cezanne-aix- marseille,faculte de droit et sciences politiques aix- marseille,centre de droit maritime et des transports (CDMT), promotion 2007-2008